

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 3566 del 2004 proposto dall'IMPRESA DI COSTRUZIONE GEOM. ENRICO FERRANTE, in persona del titolare, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Soprano, elettivamente domiciliata in Roma, alla via degli Avignonesi n. 5;

contro

il COMUNE DI VICO EQUENSE, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Filippo Torrente, elettivamente domiciliato in Roma, alla piazza Capo di Ferro n. 13, presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato;

e nei confronti

della BASE HOUSE S.R.L., in persona dell'amministratore unico e l.r. *p.t.*, e della PAOLO ALESSIO E MICHELANGELO COSTRUZIONI S.R.L. – P.AL.MI. COSTRUZIONI S.R.L., in persona dell'amministratore unico e l.r. *p.t.*, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Pierdomenico De Caterina, elettivamente domiciliato in Roma, al viale Mazzini n. 145, presso l'avv. Roberto Lombardi;

per la riforma

della sentenza n. 914 del 14.1./29.1.2004 pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, sez. II;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ente civico intimato e delle società controinteressate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 21.12.2004 l'avv. F. Besostri, su delega dell'avv. Torrente, per il Comune di Vico Equense e l'avv. De Caterina per la Base House;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Il geom. Enrico Ferrante, titolare dell'impresa edile omonima (d'ora innanzi, "impresa Ferrante"), ha impugnato la sentenza, specificata in epigrafe, con la quale il T.a.r. della Campania, sedente in Napoli, respinse il ricorso originariamente interposto dall'appellante avverso i seguenti atti:

- il verbale n. 4 del 17 luglio 2003 con il quale la commissione di supporto al RUP (Responsabile Unico del Procedimento), investita della valutazione delle proposte di opera pubblica da affidare a soggetto promotore ai sensi dell'art. 37-*bis* della l. 109 del 1994 e s.m.i., ebbe a dichiarare "non idonea" la proposta presentata dall'impresa Ferrante con riguardo al progetto di "lavori di realizzazione di un parcheggio in Piazza Mercato";
- i verbali nn. 5 e 6, rispettivamente del 22 e del 23 luglio 2003, della medesima commissione con i quali venne dichiarata valida ad essere classificata come *promoter* la proposta della a.t.i. costituita dalla Base House S.r.l. - Palmi Costruzioni S.r.l.;
- la delibera di Giunta municipale del 14 agosto 2003, n. 18331 recante la presa d'atto della ridetta decisione della commissione.

2. Nel giudizio così promosso si sono costituite le controparti evocate in giudizio, contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto e concludendo per la reiezione del gravame.

3. Il ricorso emarginato è stato trattenuto in decisione in esito all'udienza di discussione celebrata il 21.12.2004.

4. Per un compiuto inquadramento delle questioni devolute con l'appello occorre preliminarmente tratteggiare la vicenda dedotta in contenzioso, prendendo spunto dalla narrativa contenuta nella sentenza impugnata.

4.1. Con deliberazione consiliare n. 19 del 26.3.2003 il Comune di Vico Equense approvo' il programma triennale delle opere pubbliche per gli anni 2003-2005, redatto ai sensi dell'art. 14 della L. 11.2.1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici).

In tale programma, e nell'elenco dell'anno 2003, fu incluso anche l'intervento relativo ai «lavori di realizzazione di un parcheggio a Piazza Mercato», da finanziare integralmente con capitale privato (secondo lo schema procedurale della c.d. finanza di progetto) a mente dell'art. 37-*bis* della legge citata.

4.2. Il Sindaco della Citta' di Vico Equense rese nota al pubblico la presenza, nel programma triennale cosi' approvato, di opere realizzabili mediante *project financing*, invitando al contempo le imprese interessate a trasmettere agli uffici comunali, entro il 30.6.2003, «un plico sigillato per ogni proposta di intervento contenente tutta la documentazione» indicata nel medesimo avviso, tra cui «tutti gli elaborati richiesti dal comma 1° dell'art. 37/bis della legge n. 109/94 e s.m.i.».

4.3. La proposta inoltrata dall'impresa Ferrante venne tuttavia dichiarata «non valutabile alla candidatura di promotore» perche' non corredata dell'elaborato di quantificazione degli elementi per la successiva valutazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa e mancante altresì delle garanzie del promotore.

Con successivo verbale venne invece accolta la proposta dell'a.t.i. controinteressata.

4.4. Avverso dette decisioni della commissione, poi ratificate dalla giunta comunale, l'impresa Ferrante insorse avanti al T.a.r. partenopeo, affidando il suo ricorso a due mezzi di gravame volti a denunciare la violazione e la falsa applicazione dell'art. 37-*bis* e seguenti della legge 109/1994 nonche' del principio del giusto procedimento.

In particolare, secondo le tesi patrocinatae dall'appellante in prime cure, la commissione appositamente istituita presso il Comune di Vico Equense per selezionare il promotore dello

specifico intervento di pubblica utilità', in luogo di escludere l'impresa ricorrente, avrebbe dovuto preliminarmente invitarla a integrare i documenti presentati a norma del comma *2-ter* dell'art. 37-*bis*.

L'impresa Ferrante denunciò inoltre la pretesa illegittimità dell'operato comunale, lamentando l'ingiustizia della comminazione di una sanzione espulsiva assolutamente non prevista dall'avviso sindacale sunnominato.

4.5. Il Tribunale napoletano, pronunciandosi con la sentenza specificata in epigrafe, respinse tutte le doglianze della ricorrente.

4.6. Con l'appello emarginato l'impresa Ferrante ha devoluto la controversia al Collegio, deducendo contro la decisione gravata due articolate censure.

5. L'appello, quantunque infondato per le ragioni di seguito illustrate, sottende la soluzione di delicate questioni il cui compiuto esame esige la preliminare fissazione dei dati fattuali e normativi di riferimento.

6. Con il primo motivo l'appellante, muovendo da una ricostruzione della complessa procedura disciplinata dagli artt. 37-*bis* e ss. della L. n. 109/1994, critica la sentenza impugnata nella parte in cui reca un giudizio di piena legittimità dell'operato comunale.

In dettaglio, la ricorrente si duole della mancata applicazione in suo favore del comma *2-ter* del suddetto art. 37-*bis*, recentemente inserito dall'art. 7, comma 1, lett. *aa*), n. 3), della L. 1.8.2002, n. 166, laddove la norma dispone che «(e)ntro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono: ... *b*) alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione».

A suffragio delle sue argomentazioni difensive l'impresa Ferrante invoca la netta distinzione esistente tra la fase di vera e propria valutazione di fattibilità delle proposte presentate,

regolata dal successivo art. 37-*ter*, e quella, prodromica, di verifica della mera completezza documentale delle stesse, asseritamente ispirata al preminente principio di collaborazione dinamica, informale e partecipativa tra p.a. e concorrenti.

In aderenza a siffatte peculiari finalita' dell'abbrivo procedimentale del *project financing* l'appellante opina che la commissione preposta dal Comune di Vico Equense all'esame delle candidature a promotore, chiamata a pronunciarsi sulla sola completezza documentale delle proposte pervenute, in luogo di dichiarare l'inidoneita' di quella proveniente dall'impresa Ferrante, avrebbe avuto l'obbligo di sollecitare un'integrazione delle lacune formali riscontrate, ai sensi del ridetto comma 2-*ter* dell'art. 37-*bis*.

6.1. Ad avviso del Collegio le difese teste' riferite poggiano su di un'erronea interpretazione del precetto recato dal comma 2-*ter* dell'art. 37-*bis* e si rammostrano destituite di ogni fondamento.

6.2. L'impresa Ferrante pretende, infatti, di estendere l'ambito applicativo e la *ratio* della regolarizzazione contemplata dal comma in esame ben oltre le finalita' proprie dell'istituto.

6.3. L'art. 37-*bis* reca invero un'elencazione analitica dei contenuti indefettibili delle proposte dei promotori.

Per quel che rileva nella presente controversia, la disposizione stabilisce, tra l'altro, che siffatte proposte «devono contenere ... l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, comma 2, lettera *b*), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice»; occorre altresì evidenziare che tali indicazioni sono proprio quelle concretamente omesse nella proposta presentata dall'appellante.

6.4. Dal canto suo l'art. 21, comma 2, lett. *b*), della L. n. 109/1994 enumera gli elementi da prendere obbligatoriamente in considerazione ai fini dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, in caso di licitazioni private finalizzate all'aggiudicazione di concessioni; segnatamente, la disposizione menziona: «1) il prezzo di cui all'articolo 19,

comma 2; 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata; 3) il tempo di esecuzione dei lavori; 4) il rendimento; 5) la durata della concessione; 6) le modalita' di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento della tariffe da praticare all'utenza; 7) ulteriori elementi individuati in base al lavoro da realizzare».

6.5. Il successivo art. 37-*quater* stabilisce poi che le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver individuato alcune proposte di pubblico interesse, indicano, per ciascuna di esse, una gara diretta a selezionare i soggetti presentatori delle due offerte da porre in competizione con il promotore gia' individuato, «al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione».

6.6. Merita massima considerazione la circostanza che l'art. 37-*quater* sunnominato prevede che la licitazione privata «da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa» debba effettuarsi «ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore ... nonche' i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore».

7. Dal quadro normativo cosi' sinteticamente ricostruito si desume innanzitutto che gli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. *b*), della L. n. 109/1994, al pari delle garanzie offerte dal candidato a promotore, rappresentano un *contenuto essenziale* della proposta da presentare a norma dell'art. 37-*bis*, giacche' in assenza di essi l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe determinare i valori da porre a base della gara, contemplata dal successivo art. 37-*quater*, per la selezione delle due offerte economicamente piu' vantaggiose «in relazione al piano economico-finanziario presentato dal promotore».

Viene altresì in rilievo il fatto che da una proposta recante un incompleto programma operativo non potrebbe promanare alcun valido vincolo per il promotore nell'ipotesi di mancanza di concorrenti qualificati da far partecipare alla successiva

procedura negoziata, secondo quanto stabilito dal comma 2 dello stesso art. 37-*quater*.

E' evidente, del resto, che l'omessa indicazione sia del prezzo (di cui all'art. 19, comma 2), sia del rendimento sia dei criteri dell'aggiornamento tariffario, impedisce la formulazione di qualunque previsione sul futuro flusso finanziario dell'opera realizzanda, rendendo impossibile ogni valutazione di fattibilita' finanziaria della proposta in termini di ritorno economico della gestione.

8. A quanto appena considerato deve aggiungersi che le indicazioni in parola sono, appunto, contenuti strutturali della proposta e non elementi meramente estrinseci e formali e, quindi, in relazione ad essi non e' concepibile alcuna regolarizzazione di sorta.

Siffatte indicazioni, checche' ne pensi l'appellante (che ritiene le lacune marginali; *cfr.* alle pagg. 13 e 14 del ricorso emarginato), costituiscono il nucleo centrale della proposta e necessariamente postulano la preventiva effettuazione di accurate valutazioni di convenienza tecnico-finanziaria dell'offerta imprenditoriale che ne e' oggetto, indefettibilmente riservate alle scelte di ogni candidato a promotore in funzione della specifica propensione al rischio.

Rispetto ad essi non e' dunque ammissibile un'integrazione postuma che si risolverebbe, a ben vedere, in una nuova proposta, vieppiù formulata dopo lo spirare dei termini di presentazione.

8.1. In questo senso si traggono, del resto, significative conferme dallo stesso tenore letterale del comma 2-*ter*, lett. *b*), dell'art. 37-*bis*, che espressamente riferisce la verifica di completezza, nonche' l'eventuale dettagliata richiesta di integrazione, ai soli «documenti».

In altre parole, la legge indubbiamente contempla un'ampia possibilita' di integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione gia' tempestivamente prodotta, ma certamente

non consente all'amministrazione aggiudicatrice di sollecitare un proponente ad articolare il contenuto minimo essenziale della sua offerta.

8.2. Non ha senso pertanto invocare il principio di massima collaborazione partecipativa tra pubblica amministrazione e proponenti, effettivamente sotteso alla disposizione in commento. Se infatti tale impronta teleologica contribuisce a spiegare la *ratio* della lata regolarizzazione prevista dal comma 2-ter, sicuramente essa non vale ad estendere il portato precettivo della disposizione oltre l'ambito segnato dalla nitida distinzione dei ruoli tra soggetto pubblico aggiudicatore e privato offerente.

8.3. Quanto ora considerato porta anche a correggere la motivazione della sentenza impugnata. Invero, pur condividendone l'impostazione di fondo, il Collegio non ritiene corretta l'affermazione, essenzialmente incentrata sulla valorizzazione dell'uso legislativo del termine "proposta" al singolare, secondo cui il comma 2-ter non si applicherebbe al caso della presentazione di piu' proposte.

In questa parte l'approdo esegetico al quale e' pervenuto il primo decidente presta il fianco a critiche in ragione della sua contraddittorietà, non potendosi ipotizzare una valenza differenziata della previsione legislativa in relazione ad un dato fattuale (ovverosia la presentazione di una o di piu' proposte) che il testo normativo non ha neppure considerato.

L'interpretazione del comma in esame, una volta chiarita nei sensi sopra precisati la natura ed i limiti della possibile collaborazione tra amministrazione aggiudicatrice e candidati promotori, e' ben piu' semplice e lineare. Deve infatti ritenersi che la disposizione in esame trovi univoca applicazione a prescindere dal numero delle proposte pervenute all'amministrazione., dal momento che all'amministrazione aggiudicatrice e' comunque precluso di stimare valida una proposta che risulti obiettivamente priva dei requisiti minimi per poter essere qualificata come tale.

9. I superiori rilievi conducono anche al rigetto del secondo motivo.

Con l'ulteriore mezzo di gravame l'appellante si duole invero del deteriore trattamento asseritamente riservatole rispetto ad altra impresa proponente, a cui la commissione avrebbe invece rivolto l'invito ad integrare il piano economico-finanziario presentato, poiche' non asseverato come previsto dal comma 1 dell'art. 37-*bis*.

In realta', la richiesta di provvedere a siffatta asseverazione non esorbita dall'alveo proprio della potesta' d'integrazione attribuita all'amministrazione aggiudicatrice, dacche' l'adempimento in discorso non postula alcun intervento sul contenuto del piano economico-finanziario posto a corredo della proposta e, dunque, essa puo' sicuramente sopravvenire ai sensi del comma 2-*ter* anche dopo il completo spirare del termine finale di presentazione; altro invece e' a dirsi per le indicazioni omesse dall'impresa Ferrante che, a ben vedere, si risolvono in un' *inqualificazione* giuridica della proposta come tale e che, consequenzialmente, determinano un'assoluta preclusione di qualsiasi possibilita' di successiva regolarizzazione, per difetto intrinseco di un contenuto essenziale della relativa fattispecie.

Non emerge dagli atti di causa che l'operato della commissione si sia discostato dai principi sopra enunciati, ne' si ravvisa la disparita' di trattamento denunciata dall'appellante.

10. Le considerazioni appena svolte disvelano l'infondatezza anche dell'ultimo argomento difensivo, inserito nello stesso articolato motivo d'impugnazione.

L'impresa Ferrante introduce infatti una distinta censura della sentenza appellata sotto il profilo della pretesa violazione dei principi in materia di gare d'appalto.

L'appellante si duole invero del mancato annullamento del provvedimento recante un'esclusione non prevista nell'avviso sindacale.

10.1. Sul punto il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto che la mancanza di una previsione espressa non impedisca la comminazione della misura espulsiva ogniqualvolta l'omissione riscontrata concerna elementi «che concorrono a stabilire che il concorrente e' in possesso complessivamente dei requisiti per poter correttamente assumere l'impegno».

10.2. L'assunto del primo decidente e' pienamente condivisibile. Occorre peraltro soffermarsi sulla fallacia argomentativa sottesa alla doglianza in esame, apparentemente indotta da un improprio uso linguistico ridonato in errore concettuale.

10.3. In effetti l'impugnato verbale n. 4 della commissione non dispone alcuna esclusione, ma consiste esclusivamente in una dichiarazione di *inidoneita'* della proposta presentata dall'impresa Ferrante, da cui e' scaturito in via consequenziale il giudizio di *non valutabilita'* della stessa alla candidatura di promotore.

10.4. Il tenore dell'atto si rammostra pienamente coerente con la fase procedimentale nel quale e' innestato: di contro, l'appellante sembra obliterare le stesse premesse del suo argomentare, che pure aveva preso le mosse da una corretta ricostruzione dei vari passaggi in cui si snoda la complessa operazione del *project financing*.

Nel contesto procedurale della finanza di progetto la valutazione della fattibilita' della proposta si colloca infatti in un momento prodromico rispetto ad ogni successiva gara, ristretta o negoziata.

Tanto si evince dalla circostanza che, nell'ambito delle proposte *fattibili*, l'amministrazione aggiudicatrice e' tenuta a selezionare soltanto quelle «di pubblico interesse». Orbene, l'apprezzamento di tale interesse e' una tipica espressione di discrezionalita' amministrativa, indubbiamente soggetta ai limiti interni di ragionevolezza e di completezza istruttoria, ma non vincolata a parametri predeterminati di natura tecnica.

Inconferente si palesa dunque il richiamo ai principi della *par condicio* tra i concorrenti e del *favor participationis* che, di contro, acquistano significato precettivo soltanto al cospetto di una specifica preordinazione di regole tecnico-valutative (le quali richiedono, appunto, uniforme e trasparente applicazione).

L'esclusione può dunque unicamente scaturire da un giudizio di obiettiva non conformità tra un'offerta concreta e la corrispondente fattispecie astratta tassativamente disciplinata dalla *lex specialis* di gara; diverso è invece il caso della valutazione discrezionale dell'interesse pubblico che, oltre a non prestarsi ad alcuna rigida tipizzazione normativa, può astrattamente essere di segno negativo anche in presenza di una domanda non coerente con le finalità avute di mira dall'amministrazione, quantunque correttamente formulata.

Nel caso di specie, per di più, la dichiarazione di inidoneità ha tratto origine, non già da una discrasia tra l'interesse pubblico perseguito del Comune di Vico Equense e la proposta formulata dall'impresa Ferrante, quanto, ancor prima, dall'impossibilità di una qualunque valutazione nel merito della seconda, a cagione della carenza strutturale degli indispensabili requisiti contenutistici previsti dalla legge.

11. In conclusione, l'appello in epigrafe merita totale reiezione.

12. La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese di lite del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così' deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede
giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del
21.12.2004, con l'intervento dei signori magistrati:

Raffaele Carboni	- Presidente
Rosalia Maria Pietronilla Bellavia	- Consigliere
Aniello Cerreto	- Consigliere
Nicolina Pullano	- Consigliere
Gabriele Carlotti	- Consigliere estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Raffaele Carboni

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19 Aprile 2005

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale