

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sui ricorsi in appello

1) n. 8391/2004, proposto da TM.E. Termomeccanica Ecologia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, ing. Aldo Sammartano, in proprio e nella qualità di mandataria dell'associazione temporanea con le imprese Cooperativa Costruttori soc. coop. a r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Cioffi, Giuseppe Abenavoli, Alberto Bianchi e Mario Sanino, con gli stessi elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avv. Sanino;

CONTRO

Enel.Hydro s.p.a., in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, sig. Renato Iodice, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con le imprese Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., queste ultime anche in proprio, rappresentate e difese dall'avv. Raffaele Ferola, con lo stesso elettivamente domiciliato in Roma, via Po, n. 22;

E NEI CONFRONTI

N. 6727/06 Reg. Dec.

N. 8391 10167 Reg. Ric.

Anno: 2004

N. 8969 9372 Reg. Ric.

Anno: 2005

del Consorzio Acqua Blu, in persona del legale rappresentante pro tempore, dott. Maurizio Barracco, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Abbamonte, Eugenio D'Esposito, Errico Di Lorenzo e Bruno Ricciardelli ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via G.G. Porro n. 8 presso lo studio dell'avv. Abbamonte;

del Presidente pro tempore della Regione Campania, nella qualità di Commissario di Governo delegato ex ordinanze P.C.M. nn. 2425/96 e successive per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque non costituitosi;

2) n. 10167/2004, proposto da Enel.Hydro s.p.a., in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, sig. Renato Iodice, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con le imprese Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a., queste ultime anche in proprio, rappresentate e difese dall'avv. Raffaele Ferola, con lo stesso elettivamente domiciliate in Roma, via Po, n. 22;

CONTRO

TM.E. Termomeccanica Ecologia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, ing. Aldo Sammartano, in proprio e nella qualità di mandataria dell'associazione temporanea con le imprese Cooperativa Costruttori soc. coop. a r.l. e Giustino Costruzioni s.p.a., r.t.i. Giustino Costruzioni s.p.a. rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Cioffi, Giuseppe Abenavoli, Alberto

Bianchi e Mario Sanino, con gli stessi elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avv. Sanino;

Consorzio Acqua Blu, in persona del legale rappresentante pro tempore, dott. Maurizio Barracco non costituitosi in giudizio;

E NEI CONFRONTI

del Presidente pro tempore della Regione Campania, nella qualità di Commissario di Governo delegato ex ordinanze P.C.M. nn. 2425/96 e successive, per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque non costituitosi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sede di Napoli, Sezione Prima n. 9571 in data 17 giugno 2004;

3) n. 8969/2005 proposto da TM.E. s.p.a. Termomeccanica Ecologia, in persona del legale rappresentante pro tempore, ing. Aldo Sammartano, in proprio e nella qualità di mandataria dell'associazione temporanea con R.T.I. Cooperativa Costruttori soc. coop. a r.l. e R.T.I. Giustino Costruzioni s.p.a., anche in proprio rappresentate e difese dagli avv.ti Giovanni Cioffi e Mario Sanino, con gli stessi elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avv. Sanino;

CONTRO

E.H. già Enel.Hydro s.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, sig. Renato Iodice, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con le imprese

Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e Siba s.p.a. anche in proprio, rappresentate e difese dall'avv. Raffaele Ferola, con lo stesso elettivamente domiciliata in Roma, via Po, n. 22;

Hydrogest Campania S.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore non costituitosi in giudizio;

E NEI CONFRONTI

del Presidente della Regione Campania pro tempore, nella qualità di Commissario di Governo delegato ex ordinanze P.C.M. nn. 2425/96 e successive per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque non costituitosi in giudizio;

della Regione Campania, in persona del presidente pro tempore della Giunta regionale, non costituitosi in giudizio

4) n. 9372/2005 proposto dal Commissario delegato per l'emergenza bonifiche e tutela delle acque ex ordinanze P.C.M. nn. 2425/96 e successive per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in persona del Presidente pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliati ope legis nei suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

CONTRO

Enel.Hydro s.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, sig. Renato Iodice, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea con le imprese Dipiudi Ambiente s.p.a., Pianese Costruzioni Generali s.p.a. e

Siba s.p.a. queste ultime anche in proprio, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Ferola, con lo stesso elettivamente domiciliata in Roma, via Po, n. 22;

TM.E. s.p.a. Termomeccanica Ecologia, in persona del legale rappresentante p.t. ing. Aldo Sammartano, in proprio e nella qualità di mandataria dell'associazione temporanea con RTI Cooperativa Costruttori soc. coop. a r.l. e RTI Giustino Costruzioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Cioffi e Mario Sanino, con gli stessi elettivamente domiciliata in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo studio dell'avv. Sanino;

Hydrogest Campania S.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitosi in giudizio;

la Regione Campania, in persona del presidente pro tempore della Giunta regionale, non costituitosi in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sede di Napoli, Sezione Prima n. 10685 in data 10 agosto 2005;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e gli appelli incidentali;

Visti gli atti tutti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 14 marzo 2006 il Consigliere Cesare Lamberti e uditi, inoltre, gli avvocati gli avvocati Sanino, Cioffi e Ferola;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

0) Con ordinanza n. 28 del 20 gennaio 2001, il Commissario di governo delegato per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque dall'inquinamento per la regione Campania, nominato per far fronte all'emergenza socio-economico-ambientale regionale, ex ordd. PCM n. 2948 del 25 febbraio 1999 e segg. (in particolare n. 3100 del 22 dicembre 2000), ha approvato - d'intesa con il Ministro dell'ambiente e nell'ambito dei poteri di attuazione degli interventi previsti dallo strumento di programmazione con le procedure di affidamento dell'art. 37 bis l. n. 109/94 - i provvedimenti di individuazione del concessionario degli interventi per la realizzazione delle opere e dei servizi oggetto di concessione di costruzione e gestione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori del PS3 (ad esclusione di quelli insistenti nel territorio del comune di Napoli), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi. Con ordinanza n. 29 del 20 gennaio 2001, è stata sollecitata la presentazione di proposte da parte di soggetti promotori e, con ordinanza n. 74 del 25 febbraio 2002, è stata prescelta la proposta del soggetto promotore (Consorzio tra Acea s.p.a. ed altri, poi confluiti nel Consorzio Acqua Blu). Con ordinanza n. 211 del 31 maggio 2002 è stata indetta la licitazione privata ai sensi dell'articolo 37-quater della legge n. 109/94 per la

scelta dei concorrenti competitori da porre a confronto negoziato con la proposta del promotore e, con ordinanza n. 373 del 19 novembre 2002, la struttura commissariale ha preso atto dell'esito della licitazione privata che aveva selezionato le due offerte concorrenti. La prima del r.t.i. facente capo ad Enel.Hydro s.p.a. (d'ora innanzi "E.H."), con punti 87,50/100 e la seconda del r.t.i. facente capo a T.M.E. Termomeccanica Ecologia s.p.a. (d'ora innanzi "T.M.E"), con punti 36,66/100.

Con ordinanza n. 413 del 24 dicembre 2002 è stata nominata la commissione per l'espletamento della procedura negoziata che ha proceduto all'esame della documentazione presentata dagli aspiranti e ha richiesto la rielaborazione condivisa degli atti di gara di cui all'art. 13, co. 4 del bando integrale di gara. Ottenuta la condivisione, sono stati valutati gli ulteriori miglioramenti in favore del concedente sull'entità del contributo pubblico. Al proposito, la nota 24 febbraio 2003 del Commissario del Governo ha specificato che le offerte migliorative sarebbero state valutate utilizzando il metodo aggregativo-compensatore con elementi di valutazione di natura quantitativa, secondo quanto previsto dal DPR n. 554/99 all. B. I lavori della commissione si sono svolti dal 7 gennaio al 28 febbraio 2003 ed hanno condotto alla seguente graduatoria: T.M.E: punti 93,750/100; E.H.: punti 80,572/100; Consorzio Acqua Blu: punti 70,053/100. Con nota 6001 del 14 marzo 2003, la struttura commissariale ha richiesto a T.M.E il piano economico finanziario (d'ora innanzi "PEF") scaturente

dall'offerta finale asseverata da un istituto di credito; il PEF asseverato è stato acquisito il successivo 3 aprile 2003. Con ordinanza n. 133 del 5 maggio 2003, si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria a TM.E e, con ordinanza n. 160 del 7 giugno 2003 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva. In data 11 luglio 2003, con atto n. rep. 194/2003, è stata stipulata la convenzione tra TM.E e Commissario di governo.

1) L'intera procedura e i singoli atti sono stati impugnati al Tar della Campania da E.H. e dal Consorzio Acqua Blu.

1.1) Con ricorso n. 9426/02, E.H. ha impugnato il bando integrale di gara del 31 maggio 2002 per la scelta dei competitori da porre a confronto negoziato con la proposta dal promotore e, con atto di motivi aggiunti notificato il 3 ottobre 2002, ha impugnato la pedissequa lettera d'invito.

1.2) Con ricorso n. 8112/03, E.H. ha impugnato l'esito finale della procedura di cui alle ordinanze n. 133 e n. 160 del 2003 di aggiudicazione provvisoria e definitiva a TM.E della concessione di costruzione e gestione oggetto di lite, censurando essenzialmente l'atto di asseverazione rilasciato da Banca Intesa, sia per difetto di terzietà di quest'ultima, che per contrasto dell'asseverazione con l'atto di regolazione n. 14 del 2000 dell'Autorità di controllo sui lavori pubblici. TM.E ha proposto ricorso incidentale ove ha eccepito il difetto di legittimazione della ricorrente principale, sostenendo che E.H. non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di licitazione privata, propedeutica

alla successiva fase negoziata, conclusa con ordinanza n. 373 del 19 novembre 2002. Ad avviso di T.M.E, il raggruppamento avversario E.H. andava escluso dalla licitazione privata perché avrebbe errato nell'allegazione della documentazione relativa ai progettisti, sarebbe privo del requisito del possesso maggioritario, quale capogruppo, del capitale sociale, non avrebbe dichiarato nessuna esperienza nell'esecuzione di lavori pubblici, avrebbe prodotto una dichiarazione relativa al fatturato sottoscritta non dal legale rappresentante, ma da un procuratore senza procura idonea, avrebbe prodotto dichiarazioni sostitutive e certificati insufficienti o scaduti del casellario giudiziale e dei carichi pendenti di alcuni amministratori muniti di potere di firma delle mandanti. Con separato atto, E.H., oltre ad eccepire l'inammissibilità di questo ricorso incidentale di tipo "riconvenzionale" ed a resistere nel merito alle tesi ivi svolte, ha proposto a sua volta ricorso incidentale al ricorso incidentale di controparte, avverso gli esiti della procedura, volto a togliere interesse processuale all'impugnativa incidentale avversaria.

1.3) Con ricorso n. 11484/03 E.H. ha impugnato il rigetto implicito (contenuto nella intervenuta stipulazione della convenzione in data 11 luglio 2003) della sua istanza del 2 luglio 2003, diretta alla revoca dell'aggiudicazione a T.M.E della concessione per cui è causa e la convenzione rep. n. 194/2003 stipulata l'11 luglio 2003 tra il Commissario delegato e T.M.E.. E.H. ha sostenuto che il raggruppamento T.M.E non poteva

validamente essere ammesso a stipulare la convenzione di concessione per il sopravvenuto difetto di idoneità soggettiva [ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lett. h), del D.P.R. n. 34 del 2000] della mandante Coop. Costruttori che aveva chiesto al Tribunale civile, in data 23 giugno 2003, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria per crisi aziendale ai sensi del D.Lgs. n. 270/99 ed era stata dichiarata dal predetto Tribunale in stato di insolvenza in data 11 luglio 2003 e quindi ammessa alla procedura straordinaria in data 13 agosto 2003. Nel giudizio si è costituita T.M.E che ha proposto ricorso incidentale avverso la partecipazione stessa di E.H. alla gara di licitazione privata preparatoria della procedura negoziata finale, adducendo doglianze sostanzialmente analoghe a quelle già espresse in via incidentale al ricorso E.H. n. 8112/03.

1.4) Con ricorso n. 1791/03, il raggruppamento Acqua Blu, terzo graduato, ha impugnato gli esiti della procedura di licitazione privata per la scelta dei soggetti che avrebbero dovuto competere con esso soggetto promotore e ha contestato i requisiti di ammissione sia di E.H. che di T.M.E.

1.5) Con il successivo ricorso n. 10358/03, lo stesso raggruppamento Acqua Blu ha impugnato gli atti della fase negoziata e, in particolare, l'ordinanza conclusiva n. 160 del 7 giugno 2003, sostenendo in particolare l'inammissibilità dell'offerta vincitrice di T.M.E.

1.6) Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, riuniti i ricorsi, li decideva con sentenza 17 giugno 2004, n. 9571. Il Tar ha respinto il ricorso n. 9426/02 di E.H. avverso il bando, ha dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali di T.M.E nei ricorsi n. 8112/03 e n. 11484/03, ritenuto che le censure avverso la partecipazione di E.H. alla licitazione privata dovevano costituire oggetto di ricorso principale nel termine perentorio di impugnazione degli atti conclusivi della procedura, sussistendo già da allora un interesse concreto e attuale di T.M.E, seconda graduata, a restringere la platea dei concorrenti per la successiva negoziazione. Ha respinto, poi, il ricorso n. 11484/03 proposto da E.H. nei confronti dell'ammissione di un'impresa componente il raggruppamento T.M.E, non ravvisando nell'amministrazione straordinaria una causa impeditiva alla partecipazione, dopo l'entrata in vigore del DPR n. 412/00 che aveva emendato in tal senso l'art. 75 del DPR 554/99 ed affermando l'irrilevanza dello stato d'insolvenza quale causa impeditiva alla partecipazione. In punto di merito, la sentenza ha accolto il ricorso n. 8112/03 per il secondo motivo, di difetto d'istruttoria e di motivazione nella parte in cui l'amministrazione avrebbe ommesso di compiere un adeguato apprezzamento e approfondimento sui contenuti del PEF. Il Tar ha quindi annullato l'atto terminale della procedura (aggiudicazione definitiva di cui all'ordinanza n. 160 del 2003) e la successiva convenzione dell'11 luglio 2003. La sentenza ha quindi dichiarato l'autorità procedente tenuta ad eseguire (tramite i propri

uffici o organi straordinari ausiliari) la verifica di coerenza e di sostenibilità del PEF aggiudicatario -tenendo conto, tra l'altro, dei rilievi critici delle ricorrenti- che era mancata nel corso del procedimento. Degli altri motivi del ricorso n. 8112/03, il Tar ha rigettato il primo, avverso l'atto di asseverazione rilasciato il 27 febbraio 2003 da Banca Intesa sul PEF finale presentato da TM.E e ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le ulteriori censure in relazione al parziale rifacimento della procedura e al carattere della stessa, assimilata al dialogo competitivo nel quale devono essere valutate possibili discriminazioni e lesioni a danno dei concorrenti, che nella specie non sono state ravvisate. Dei ricorsi proposti da Acqua Blu, è stato dichiarato perento il primo (n. 1791/03) e improcedibile il secondo (n. 10358/03) per sopravvenuta carenza d'interesse, alla stregua della caducazione dell'aggiudicazione definitiva e della convenzione di concessione derivante dall'accoglimento del ricorso n. 8112/03.

1.7) La sentenza n. 9571/04 è impugnata da TM.E con l'appello n. 8391/04 che ripropone i sei motivi del ricorso incidentale prodotto nei ricorsi di primo grado n. 8112/03 e n. 11484/03. Erroneamente il Tar avrebbe ritenuto tardivi i ricorsi incidentali sul presupposto che, nella finanza di progetto, la fase anteriore alla procedura negoziata sia impugnabile autonomamente e immediatamente. Secondo TM.E., nella procedura delineata dall'art. 37-bis l. n. 109/94, la fase da svolgere con la licitazione

privata è finalizzata alla individuazione delle due migliori offerte con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da ammettere alla successiva fase di negoziazione che si svolge con il soggetto promotore, partecipante di diritto a questa fase. A differenza del soggetto promotore che vanta un interesse immediato e diretto all'esclusione degli altri concorrenti alla fase della licitazione, gli altri concorrenti non hanno alcun interesse attuale e concreto a vedere ristretta sin da subito la platea dei soggetti che partecipano alla successiva fase di negoziazione perché non conseguono alcun vantaggio concreto dall'esclusione dell'altro concorrente. Erroneamente perciò la sentenza avrebbe dichiarato tardivo l'appello incidentale di T.M.E., senza scendere all'esame dei motivi. Nel merito, l'appellante afferma che la sentenza avrebbe erroneamente ritenuto viziata la procedura di gara sull'assunto che non sarebbe stata operata alcuna valutazione di coerenza e sostenibilità della propria offerta economica in quanto tale valutazione non era prevista né dalla normativa vigente né dal bando di gara. Contraddittoriamente, inoltre la sentenza avrebbe, prima ritenuto congrui i criteri della commissione che non prevedevano alcuna valutazione di coerenza e sostenibilità del PEF e avrebbe, poi, accolto le censure di E.H. per difetto d'istruttoria. Altrettanto erroneamente la sentenza avrebbe ritenuto l'asseverazione bancaria fornita da T.M.E. inidonea a supplire l'omessa valutazione di coerenza e sostenibilità del PEF e tuttavia rigettato la censura dedotta da E.H. avverso l'asseverazione

fornita da TM.E. In tal modo, la sentenza avrebbe introdotto una nuova valutazione non prevista dalla norma di gara da tradurre in una valutazione di anomalia dell'offerta non prevista in materia di *project financing*.

1.7.1) Nell'appello n. 8391/04 si è costituita Enel.Hydro che propone nei confronti della sentenza n. 9571/04 nella forma dell'appello incidentale (e nei modi dell'appello principale) i motivi disattesi del ricorso in primo grado n. 8112/03 e, talune censure dei ricorsi n. 9426/02 e n. 11484/03.

1.7.2) Ancora nell'appello n. 8391/04, si è costituito il Consorzio Acqua Blu che ha chiesto con memoria il rigetto delle censure di TM.E..

2) Con autonomo atto introduttivo - ricorso n. 10167/04 - E.H. ha impugnato in via principale la sentenza n. 9571/04, riproponendo i motivi disattesi del ricorso in primo grado n. 8112/2003 e talune censure dei ricorsi n. 9426/02 e n. 11484/03.

In particolare E.H. deduce: (a) quanto al rigetto in parte qua del ricorso n. 11484/03, che erroneamente la sentenza avrebbe ritenuto prevalente l'art. 75 del DPR 554/99, ove l'amministrazione straordinaria non è menzionata fra le cause di esclusione, dato il rapporto di specialità esistente fra il regolamento Merloni e il DPR n. 34/00. Erroneamente poi non sarebbe stato considerato viziante la partecipazione alla procedura lo stato d'insolvenza della Cooperativa costruttori (associata a TM.E.) data l'identità dell'insolvenza con la dichiarazione di

fallimento. Il terzo motivo del ricorso n. 11484/03 non sarebbe poi stato esaminato dalla sentenza in esame. (b) quanto al rigetto del ricorso n. 8112/03, E.H. sostiene di avere dimostrato come Banca intesa possedeva quasi interamente il pacchetto azionario di T.M.E. sicché erroneamente la sentenza avrebbe escluso la necessaria terzietà dell'istituto di credito asseverante in quanto il collegamento con la società garantita rende collimanti i relativi interessi. L'asseverazione sarebbe poi inidonea anche sotto il profilo oggettivo a svolgere la sua funzione. (c) la sentenza avrebbe infine erroneamente disatteso le censure di cui al terzo e quarto motivo del ricorso n. 811/03, il ricorso n. 9426/02 e i motivi aggiunti al medesimo. Ciò premesso, E.H. deduce le seguenti specifiche censure: (a) relativamente al ricorso di primo grado n. 11484/03: 1) violazione degli artt. 17, lett. h) e 27 co. 3 e 5 DPR n. 34/00 e dell'art. 37 DPR 554/99: anche la procedura di amministrazione straordinaria implica incapacità di contrattare e pertanto l'aggiudicazione nei confronti di T.M.E. doveva essere revocata per la perdita dei requisiti di capacità economico-finanziaria presupposti per la stipulazione del contratto. 2) violazione dell'art. 24 lett. a) e b) dir. 93/37 e degli artt. 73 e 75 DPR 554/99 e 17 lett. g) DPR 34/00: la pendenza di una procedura di amministrazione controllata costituisce causa di esclusione in quanto rende la partecipante inaffidabile al pari della dichiarazione di insolvenza. 3) violazione degli artt. 37-bis, l. n. 109/94 e 85 DPR n. 554/99: è erronea la prevalenza dell'art. 75

DPR n. 554/99. (b) Relativamente al ricorso di primo grado n. 8112/03: 1) violazione degli artt. 37bis l. n. 109/94 e dei principi generali in tema di *project financing*: l'asseverazione 27.2.2003 di Banca Intesa è invalida e vizia l'offerta aggiudicataria sotto il profilo soggettivo ed oggettivo in quanto l'istituto di credito non è terzo rispetto a T.M.E.. (c) Quanto infine ai motivi 3° e 4° del ricorso n. 8112/03, al ricorso n. 9426/02 e ai motivi aggiunti al medesimo: -il metodo della condivisione è erroneo e comunque illegittimo; -la sentenza ha sottovalutato le anomalie verificatesi durante lo svolgimento dei lavori della sottocommissione; - gli adempimenti a carico dei concorrenti invitati alla gara a seguito della preselezione sono irragionevoli e inutili.

2.1) Nell'appello n. 10167/04 si è costituito il raggruppamento T.M.E chiedendone il rigetto.

3) In esecuzione della sentenza n. 9571/04, l'Amministrazione, con ordinanza 9 luglio 2004 n. 128, ha nominato una Commissione di esperti per la valutazione di coerenza e sostenibilità del PEF presentato da T.M.E. La Commissione, previa acquisizione di documentazione esplicativa dei prospetti di sintesi del piano T.M.E, concludeva i propri lavori con l'approvazione della relazione 22 settembre 2004, recante un "giudizio complessivamente positivo sulla sostenibilità e coerenza pur con le riserve espresse ... in ordine ai profili tecnico-quantitativi dei costi fissi", facendo salva peraltro l'esigenza di alcune correzioni del PEF che, "complessivamente considerate,

non pregiudicano la sostenibilità dell'investimento, mentre permettono di rispettare il principio di coerenza". Il Commissariato di Governo, tuttavia - e pur evidenziando l'esigenza di porre particolare attenzione alla verifica delle fasi più avanzate di progettazione definitiva ed esecutiva, data la naturale approssimazione del progetto preliminare - aggiudicava di nuovo la concessione a TM.E, con ordinanza del 9 novembre 2004, n. 148 disponendo, al contempo, l'acquisizione del PEF rimodulato secondo le prescrizioni della relazione conclusiva della Commissione di esperti. Il PEF così aggiornato veniva successivamente prodotto nella sua versione definitiva.

3.1) Con ricorso n. 13831/04 E.H. ha impugnato al Tar della Campania l'esito finale della procedura deducendo la seguenti censure: 1) l'esame di coerenza e sostenibilità del PEF presentato dalla TM.E. non sarebbe stato effettuato con riferimento agli atti a suo tempo prodotti ed ai rilievi critici prospettati dalla ricorrente, così come previsto dalla sentenza da eseguire. Era stato invece permesso a TM.E. di introdurre chiarimenti, integrazioni e modificazioni (verbale della commissione del 9/9/04 e nota del sub-Commissario del 29/10/2004) che concretizzerebbero una inammissibile rinegoziazione contrattuale, senza la quale la commissione avrebbe dovuto dichiarare l'incongruità del PEF presentato (pag. 3 della relazione conclusiva); tant'è che l'ordinanza di conferma dell'aggiudicazione contiene l'invito alla TM.E di presentare il PEF rimodulato secondo le indicazioni della

commissione di esperti, violando sia i principi in materia di procedure concorsuali, sia quelli in tema di esecuzione delle decisioni giudiziali; 2) la valutazione di fattibilità del PEF sarebbe errata a causa dell'esistenza sia di ricavi sovrastimati (in particolare per il computo tra gli introiti della quota di pertinenza del fondo vincolato nonché della quota tariffaria relativa alla rete fognaria di Napoli) sia di costi sottostimati (con riferimento ai costi di personale, come riconosciuto dalla Hydrogest Campania s.p.a. nella nota del 26/5/04); inoltre, secondo quanto rilevato dalla commissione di esperti, emergerebbero per i costi di manutenzione e per gli altri costi fissi differenze significative (rispettivamente di 28,75 e 80 milioni di euro) rispetto alle stime progettuali del promotore; ciò, unitamente agli altri errori, omissioni ed approssimazioni, comprometterebbe gli indicatori di sostenibilità economica e finanziaria, portando in negativo, per un ammontare molto elevato, il valore netto attualizzato a tassi di mercato dei flussi di cassa generati dal progetto (cd. VAN) e ad un livello del tasso interno di rendimento (cd. TIR) di gran lunga inferiore al costo del capitale investito, con ciò dimostrando l'assoluta insostenibilità del PEF; 3) la commissione sarebbe indebitamente intervenuta sul PEF, esplicitando i ricavi netti, correggendo il calcolo della mancata riscossione applicata al fatturato e lo sviluppo dei costi per il servizio di riscossione, riconoscendo la necessità di ulteriori specificazioni tecnico-economiche nelle fasi più avanzate di progettazione, il che

dimostrerebbe l'inadeguatezza del PEF. Con motivi aggiunti successivamente notificati E.H. ha dedotto: -i ricavi del PEF di TM.E. comprendono quelli indisponibili del fondo vincolato secondo la legge "Galli"; vi sarebbe un rilevante scarto fra i costi di manutenzione e quelli fissi di TM.E e del promotore; -la Commissione non avrebbe tenuto conto che nel PEF di TM.E. il valore attuale netto dell'intervento e il tasso interno di rendimento all'esito del riesame delle approssimazioni risulterebbero in realtà negativi. Nel giudizio di primo grado al Tar della Campania si è costituita TM.E. contestando l'ammissibilità del ricorso e la sua fondatezza nel merito.

3.2) Con la sentenza n. 10685, il Tar della Campania, respinte le eccezioni pregiudiziali sollevate da TM.E, ha accolto il ricorso.

La sentenza ha rilevato una certa approssimazione sia nella redazione del PEF sia nella successiva valutazione, per ciò che concerne i volumi fatturati e gli oneri di manutenzione e dei costi fissi appostati nel conto economico. La sentenza ha altresì precisato che il sindacato giurisdizionale è limitato alla completezza degli accertamenti, alla ragionevolezza, alla congruità delle valutazioni e alla consequenzialità delle conclusioni, ma non sostituisce la valutazione di coerenza e sostenibilità con una di segno opposto, poiché tale apprezzamento spetta unicamente all'autorità amministrativa.

3.3.) Nell'appello n. 8969/05 appuntato avverso la decisione, TM.E ripropone l'eccezione d'inammissibilità del ricorso di

primo grado di E.H. volto ad impugnare il provvedimento di riaggiudicazione del Commissario in esecuzione della precedente sentenza e deduce nel merito la contraddittorietà della sentenza. Gli specifici rilievi appuntati al provvedimento di riaggiudicazione contrastano con la verifica richiesta nella precedente decisione n. 9571/04. L'appellante contrasta poi le ragioni che hanno condotto al nuovo annullamento dell'aggiudicazione con riguardo ai ricavi, agli altri oneri di manutenzione e ai costi fissi.

3.4) Nel giudizio si è costituita E.H. che ha proposto appello incidentale, deducendo per un verso l'inammissibile integrazione del PEF da parte di TM.E e l'insostenibilità dell'offerta finale se non corroborata da un idoneo PEF.

4) La sentenza n. 10685/05 del Tar è stata anche impugnata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, dal Commissario delegato per l'emergenza bonifiche e tutela delle acque e dalla Regione Campania con appello n. 9372/05. Si sostiene l'erroneità della sostituzione delle valutazioni del giudice a quelle della Commissione, obliterando l'operato del competente organo tecnico dell'Amministrazione che ha ritenuto il PEF positivo e sostenibile. Gli appellanti affermano che immotivatamente la sentenza non avrebbe considerato la natura dell'intervento oggetto della gara, nella quale il servizio viene offerto dall'aggiudicataria in regime di monopolio, con un prezzo sostanzialmente certo e con una domanda estremamente stabile e prevedibile, non essendo ipotizzabili sul mercato servizi concorrenti. Sono dedotte censure

sugli oneri di manutenzione e sugli altri costi fissi erroneamente valutati dalla sentenza.

4.1) Anche in questo giudizio si è costituita E.H. che ha proposto appello incidentale, deducendo per un verso l'inammissibile integrazione PEF da parte di TM.E. e l'insostenibilità dell'offerta finale se non corroborata da un idoneo PEF.

5) Tutte le parti hanno presentato memorie e documenti. La causa è stata discussa e trattenuta in decisione all'udienza del 14 marzo 2006.

DIRITTO

1) Con la sentenza 17 giugno 2004, n. 9571, il Tribunale amministrativo regionale della Campania, in accoglimento del ricorso n. 8112/03 proposto da raggruppamento facente capo ad Enel.Hdro s.p.a. (in seguito E.H.), ha annullato l'ordinanza 7 giugno 2003, n. 160 del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque dall'inquinamento di aggiudicazione definitiva al raggruppamento facente capo a TM.E. s.p.a. Termomeccanica Ecologia (in seguito TM.E) della concessione per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori dell'ex PS3 (ad esclusione di quelli insistenti nel territorio del comune di Napoli), l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, nonché la realizzazione o l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi. La sentenza ha, inoltre, dichiarato caducata la convenzione 11 luglio 2003, n. 194/2003 tra

il Commissario Delegato e TM.E, sulle condizioni e la durata della concessione ed ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto da TM.E nello stesso ricorso.

1.1) Degli ulteriori ricorsi in primo grado, il Tar ha respinto il n. 9426/02, proposto da E.H. avverso il bando di gara e la lettera d'invito e n. 11484/03, avverso il rigetto implicito dell'istanza di E.H. in data 2 luglio 2003 di revoca dell'aggiudicazione a TM.E della concessione di *project financing* e della convenzione dell'11 luglio 2003, ritenuta la legittimità del metodo della condivisione e della delimitazione della gara agli ulteriori profili quantitativi di ribasso sui dati caratterizzanti gli elaborati condivisi. Il Tar ha inoltre dichiarato perento il ricorso n. 1791/03, del promotore, Consorzio Acqua Blu, avverso l'ordinanza 19 novembre 2002, n. 373 di individuazione dei raggruppamenti E.H. e TM.E. quali soggetti da ammettere alla procedura negoziata da svolgere con il Consorzio Acqua Blu ed ha dichiarato improcedibile il ricorso n. 10358/2003 del medesimo Consorzio per sopravvenuta carenza di interesse in relazione all'annullamento degli atti conclusivi della procedura di gara.

1.2) Ciò premesso, la sentenza ha accolto il ricorso n. 8112/03 di E.H. e dichiarato illegittima l'ordinanza commissariale 7 giugno 2003, n. 160, di aggiudicazione definitiva della concessione a TM.E per difetto dei necessari accertamenti, da verificare a cura dell'autorità procedente.

1.3) La sentenza 9571/04 è stata appellata da TM.E in via principale con ricorso n. 8391/04, nel quale E.H. ha presentato in via incidentale appello principale relativamente ai motivi giudicati infondati del ricorso in primo grado n. 8112/03 e relativamente al rigetto dei ricorsi in primo grado n. 9426/02 e n. 11484/03. Ancora E.H. ha impugnato la sentenza con appello principale autonomo n. 10167/04 di identico contenuto dell'appello incidentale precedentemente proposto nel ricorso 8391/04.

2) Precede l'esame del merito delle impugnazioni, la disamina delle questioni pregiudiziali.

2.1) Il primo ordine di questioni investe l'inammissibilità, dichiarata dalla sentenza, dei ricorsi incidentali proposti da TM.E nei ricorsi di primo grado n. 8112/03 e n. 11484/03 nei confronti dell'ammissione di E.H. I ricorsi principali di quest'ultima erano rivolti nei confronti della licitazione privata ma sono stati proposti avverso l'esito della successiva procedura negoziata. Secondo i primi giudici, il difetto dei requisiti di ammissione del raggruppamento E.H. alla procedura di gara, doveva essere fatta valere da TM.E non già in via incidentale nei ricorsi (principali) proposti dall'esclusa E.H. al termine dell'intera procedura, sebbene, in via principale, ancora alla conclusione della licitazione privata. Sin da allora esisteva, infatti, un interesse concreto e attuale del raggruppamento TM.E., secondo graduato alle spalle di E.H. nella fase della licitazione, a restringere la platea dei concorrenti alla successiva negoziazione e a non dividere il

rimborso delle spese di progettazione, come previsto dall'allora vigente formulazione dell'articolo 37-*quater*, comma 5, della legge 109/94.

2.1.1) La Sezione aderisce all'affermazione di TM.E. che nel procedimento di cui agli artt. 37-bis e segg. l. n. 109/94 l'interesse ad impugnare l'ammissione alla gara dell'altro concorrente sorge soltanto nel momento in cui si conclude l'intero procedimento, del quale la licitazione privata rappresenta soltanto la fase interna di selezione dei progetti da negoziare successivamente con quello del promotore. Il ricorso incidentale prodotto in primo grado da TM.E. è pertanto ammissibile perché tempestivo rispetto alla conclusione dell'intera procedura. Nelle lettere a) e b) dell'art. 37-*quater*, comma 1, della legge n. 109/94, l'individuazione delle due offerte da porre in confronto con quella del promotore non ha alcun autonomo rilievo, dal quale far scaturire un interesse immediato ad impugnare i vizi riguardanti la loro scelta. In questa fase, la posizione degli offerenti non è assimilabile a quella dell'aggiudicatario, ma rimane ancora quella dell'aspirante all'aggiudicazione, non essendo ancora iniziata né conclusa la comparazione di ciascuno dei due migliori progetti con quello del promotore posto a base della gara. La previsione di due distinte fasi nell'art. 13 del bando integrale di gara non implica necessariamente la divisione dell'intera procedura in due distinti sub-procedimenti autonomamente impugnabili. La comunicazione dell'avvio della procedura negoziata una volta "esperita la

licitazione privata” al soggetto promotore e ai soggetti presentatori delle due migliori offerte ha carattere impulsivo del prosieguo del procedimento da parte dell’amministrazione e la mancata sua impugnativa non comporta alcuna decadenza a censurare eventuali vizi del procedimento svolto sino ad allora. Tale comunicazione si configura non come vero e proprio provvedimento, ma come atto dovuto secondo l’art. 37-quater l. n. 109/94 che prevede le due fasi procedurali, senza alcuna reciproca autonomia. Invero, la conclusione della licitazione privata (o dell’appalto concorso ex art. 37-quater co. 1, lett. a) non determina alcuna situazione di vantaggio o pregiudizio di uno dei competitori a danno dell’altro. Questa situazione si verifica solo all’esito del confronto finale, quando cioè, nella fase negoziata, una delle due proposte ammesse prevale sull’altra o quella del promotore prevale su ambedue. Né, a sostegno della diversa ipotesi, vale l’ultimo inciso dell’art. 37 quater co. 1, lett. b) l. n. 109/1994 che prevede lo svolgimento della gara anche fra il promotore e l’unico soggetto qualificato. La norma mira a salvaguardare l’intera procedura che deve comunque avere un esito, anche se siano escluse tutte le offerte ad eccezione di una e non attribuisce un autonomo interesse ad impugnare *ex se* la fase endoprocedimentale della licitazione. Esclusa la sua impugnabilità immediata, non è pertanto necessario individuare il momento in cui sia intervenuta la conoscenza dell’esito della licitazione, come T.M.E. eccepisce nell’appello e nella memoria.

2.2) È pertanto necessario affrontare analiticamente i singoli motivi del ricorso incidentale a suo tempo proposto dal TM.E. I motivi sono tutti infondati.

2.2.1) Correttamente, anzitutto, la Commissione ha ammesso alla gara il raggruppamento E.H., nonostante la discrasia fra i nominativi dei progettisti indicati nella dichiarazione resa in pre-qualifica (s.r.l. IDI e ing. Salvia) e quelli indicati al momento di presentazione dell'offerta (s.r.l. IDI e s.r.l. STIGE, di cui l'ing. Salvia è il direttore tecnico). In relazione a questa discrasia, il Commissario di Governo, con nota 3 ottobre 2002, ha richiesto a E.H. chiarimenti sul punto che “ nella documentazione prodotta in sede di presentazione dell'offerta relativa alla capacità tecnica ... le società costituenti l'ATI ... dichiarano tra l'altro che per la redazione del progetto saranno incaricate la IDI s.r.l. “Ingegneria per l'ambiente” e la STIGE s.r.l. “Studio Tecnico Ingegneria Generale”. In allegato, sono prodotti i *curricula* della IDI s.r.l. e dell'ing. Gian Luca Salvia”. Con nota 8 ottobre 2002, il raggruppamento E.H. ha rappresentato che ... “(2) i progettisti indicati in sede di prequalifica hanno elaborato e sottoscritto il progetto preliminare presentato in sede di offerta ... (3) con la dichiarazione resa in sede di offerta si intende confermare in IDI s.r.l. e in ing. Gianluca Maria Salvia i progettisti espressi dal raggruppamento, così come comprovato dai *curricula* allegati. Si intendeva altresì precisare, incorrendo in un errore nella fase di stampa del documento che ha eliminato un'intera frase, che l'ing.

Salvia è anche direttore tecnico della società STIGE, fermo restando che ci si avvale del professionista persona fisica ... (4) ... si conferma l'impegno di affidare ... l'elaborazione del definitivo e dell'esecutivo all'IDI e all'ing. Gianluca Maria Salvia".

La *lex specialis* della gara sanziona con l'esclusione (art. 9) le domande di partecipazione prive delle certificazioni e delle dichiarazioni richieste ai fini dell'ammissione e non quelle rese con dati inesatti. La circostanza che l'ing. Salvia sia direttore tecnico della s.r.l. STIGE e che il suo *curriculum* fosse allegato alla dichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta, rende plausibile, sul piano logico, che la discrasia sia da ascrivere a mero errore materiale o all'omissione di una riga intera con l'esatta indicazione nella fase di stampa. Che nella dichiarazione resa in sede di prequalifica sia stato indicato fra i progettisti l'ing. Salvia e che il suo *curriculum* sia allegato alla dichiarazione resa alla presentazione dell'offerta, comprova che non si è trattato dell'intenzionale modifica nell'indicazione dei professionisti da parte di E.H. ai fini della dimostrazione della capacità tecnica richiesta dall'art. 7, punto 4 del bando di gara. Considerato che l'ing. Salvia è comunque direttore tecnico della società STIGE e che il *curriculum* dell'ing. Salvia era comunque allegato alla dichiarazione di E.H. in sede di qualificazione, sono infondate le censure di T.M.E., nelle quali si sostiene che E.H. avrebbe sostituito i professionisti in corso di gara e che illegittimamente la Commissione avrebbe richiesto chiarimenti. In quanto la discrasia

fra il nominativo dell'ing. Salvia e quello della società (di cui lo stesso è direttore tecnico) è soltanto accidentale e non intenzionale, ben poteva la Commissione richiedere chiarimenti alla concorrente ed apprezzarne positivamente il contenuto.

2.2.2) Enel.Hydro afferma, poi, che il suo capitale è pari ad € 9.390.000/00 ed è di per sé superiore a quello di €8.321.515,08 richiesto dall'art. 7 del bando ai concorrenti che intendano eseguire i lavori direttamente con la propria organizzazione d'impresa. Proprio perché in possesso di un capitale sociale superiore a quello richiesto per eseguire da sola i lavori, E.H. non può essere assoggettata al criterio della prevalenza del capitale sociale su quello delle componenti il r.t.i., stabilito dallo stesso art. 7 del bando, che per le imprese partecipanti alla gara in forma associata rinvia all'art. 95, co. 2, comma 2, ultimo inciso del DPR n. 554/99. Se l'impresa capogruppo ha un capitale sociale sufficiente per eseguire da sola i lavori, non rileva quello delle società mandanti. Delle imprese del raggruppamento, SIBA ha un capitale sociale pari ad € 15.364.2000, Pianese pari ad € 1.800.000 e Dipiudi pari ad € 18.000.000: due imprese del raggruppamento hanno perciò un capitale maggiore di quello di E.H. pari a € 8.321.515,08. Anche se il capitale sociale delle mandanti è superiore a quello di E.H., il capitale sociale di quest'ultima è di per sé solo sufficiente a consentirle di partecipare alla gara. La circostanza rende irrilevante che il capitale sociale di E.H. non sia maggioritario rispetto a quello

delle altre imprese del raggruppamento, come richiesto dall'art. 7 del bando e dall'art. 95, co. 2, ultimo inciso del DPR n. 554/99. E' quindi infondata la censura del secondo motivo dell'appello incidentale che condiziona l'ammissione alla gara alla prevalenza del capitale della mandataria rispetto a quello della mandanti anche quando la mandataria sia pari o superiore a quello richiesto dal bando di gara. Nell'art. 95, co. 2, ultimo inciso del DPR n. 554/99 (e nell'art. 7 del bando), la misura maggioritaria del capitale sociale della mandataria rispetto a quello delle mandanti opera qualora la mandataria non disponga del capitale nella misura richiesta dal bando, il cui importo sia raggiunto dall'insieme del capitale della mandataria e di quello delle mandanti e non quando la mandataria integri da sola tale requisito, salvo creare un vincolo restrittivo di mercato in danno delle imprese economicamente più dotate (T.A.R. Sicilia Catania, I, 17 giugno 2003, n. 985). Nel caso di capitale insufficiente in capo alla mandataria, la prevalenza della capogruppo sulle mandanti ha il compito di garantire al committente la potenzialità economica per la realizzazione dell'opera. Esigenza che non è naturalmente ravvisabile qualora la stessa capogruppo sia in grado da sola di provvedere all'adempimento degli obblighi nascenti dal contratto. Che poi tutte le mandanti dispongano di iscrizioni e di esperienze sufficienti ad eseguire l'oggetto della gara, non è indice d'inferiorità della mandataria e né rappresenta causa di esclusione

dalla gara dell'intero gruppo in quanto costituisce una maggiore garanzia del committente sulla possibilità di adempimento.

2.2.3) La procura rilasciata al sig. Mavet (prodotta nel fascicolo di E.H. del 14.11.2003) attesta la sua legittimazione a ... predisporre e sottoscrivere in nome e per conto proprio e delle imprese mandanti tutte le dichiarazioni richieste dal disciplinare di gara ... sottoscrivere tutti gli impegni richiesti dal disciplinare ... firmare per conto della società e delle imprese mandanti tutti gli atti ed incombenzi necessari ed opportuni per consentire al R.T.I. di partecipare alla gara. È così superata anche l'ulteriore eccezione di mancanza dei requisiti per l'ammissione in quanto le dichiarazioni Iva dell'ultimo quinquennio sarebbero state sottoscritte da un procuratore e non dal legale rappresentante di E.H. In disparte la considerazione che l'art. 98 co. 1, lett. a) DPR n. 554/99 non indica il soggetto abilitato a sottoscrivere la dichiarazione Iva relativa al fatturato medio, tale dichiarazione attesta la cifra d'affari trimestrale o annuale al fine della determinazione del debito o del credito d'imposta della società per il periodo successivo, come risulta dai registri acquisti e vendite in entrata e in uscita. La dichiarazione Iva e l'attestazione relativa al fatturato non contengono elementi personali della compagine sociale che debbano essere attestati dal suo rappresentante legale con effetti fidefacenti. È perciò indifferente, ai fini della validità della dichiarazione sul fatturato, la qualifica del sig. Mavet di procuratore di Enel.Hydro s.p.a. oppure di

procuratore del raggruppamento E.H. come risulterebbe dalla procura per notaio Colizzi di Roma 11.9.2002 sottoscritta dal dott. Failla, nella veste di amministratore delegato di Enel.Hydro s.p.a..

2.2.4) In forza dei poteri conferitigli dall'amministratore delegato con atto 11.9.2002 per notaio Colizzi di Roma, il sig. Mavet poteva, poi, impegnare E.H. a costituire una società di progetto e dichiarare le quota di partecipazione di ciascuna impresa al suo capitale sociale, come previsto per l'aggiudicatario dall'art. 37-*quinquies* della legge n. 109/94. La norma, riportata nella lettera d'invito, deve essere interpretata in relazione all'art. 2209 c.c. nel senso della possibilità di conferire al procuratore la *contemplatio domini* a compiere atti pertinenti all'esercizio dell'impresa (Cass., sez. lav., 13 settembre 1997, n. 9131; Cass., sez. I, 18 ottobre 1991, n. 11039), dei quali fa parte senz'altro l'impegno dell'aggiudicataria a costituire la società di progetto come parte integrante del raggruppamento.

2.2.5) Nella dichiarazione 8 luglio 2002 (fascicolo 18.11.2002) si dà atto che il sig. Ghidella riveste la carica di procuratore munito di poteri della SIBA e non che ne è amministratore con potere di rappresentanza. Il raggruppamento non era tenuto a produrre il certificato del casellario giudiziale e dei carichi pendenti ex art. 75, lett. b) e c) DPR 554/99, richiesto dall'art. 9, lett. b) del bando di gara al titolare, al socio, all'amministratore con poteri di rappresentanza e al direttore tecnico. Il certificato dei carichi

pendenti del sig. Carikli è stato rilasciato in data 30.11.2001. Al momento dell'emanazione del bando di gara 31 maggio 2002 era ancora in corso il semestre di validità previsto dall'art. 41, co. 1, DPR n. 445/2000 per i certificati rilasciati dalle pubbliche amministrazioni diversi da quelli attestanti stati, qualità personali e fatti non soggetti a modificazioni. I requisiti di partecipazione dei concorrenti devono essere posseduti alla data del bando e non al momento della scadenza del termine di presentazione delle richieste d'invito. La relativa censura va perciò disattesa.

I certificati del casellario e quelli dei carichi pendenti rilasciati da autorità italiane nei confronti dei sigg.ri Carikli e Paresy, rispettivamente di cittadinanza francese e belga, sono del tutto legittimi e non necessitano di essere sostituiti da dichiarazioni comprovanti l'assenza di condanne o procedimenti penali o da certificati rilasciati dai paesi di origine, data l'equipollenza dei certificati italiani e di quelli rilasciati dalle autorità dei paesi comunitari di origine stabilita dall'art. 75 comma 3 D.P.R. n. 554 del 1999 (T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 marzo 2004, n. 513). Che E.H. abbia prodotto, per i sigg.ri Carikli e Paresy, certificati del casellario e dei carichi pendenti rilasciati da autorità italiane, non comporta l'esclusione del raggruppamento dalla gara.

2.2.6) Diversamente da quanto si afferma nel sesto motivo del ricorso incidentale, la dichiarazione 13 settembre 2002 (doc. 20 all.to al deposito 15 settembre 2003) concerne la costituzione, dopo l'aggiudicazione di "una società di progetto in forma di

società a responsabilità limitata o per azioni” e non la “dichiarazione di impegno a costituire l’a.t.i. Enel Hydro” come si riporta a pag. 2 del foliario contenente l’indice delle produzioni. Quanto ai documenti n. 4.a e 4.b cui rinvia il punto D.6 dell’anzidetto foliario, in nessuno di essi si rinviene l’anzidetta dichiarazione. L’art. 7 terzultimo capoverso del bando di gara prevede che quando il concorrente non esegua direttamente i lavori oggetto della concessione deve essere in possesso dei requisiti di cui alle lett. a), b), c), d) del punto 3 (requisiti economico finanziari, fatturato medio, capitale sociale servizi in impianti depurativi e sistemi fognari nel quinquennio) e fornire la dichiarazione di cui al punto 4), di idonea capacità tecnica mediante l’indicazione di professionisti. In nessuno degli anzidetti documenti si rinviene dunque la “dichiarazione di impegno a costituire l’a.t.i. Enel Hydro” da cui muove la censura che deve essere dichiarata inammissibile. La supposta possibilità di E.H. di presentare un’offerta incompatibile con i propri requisiti deriva infatti dalle clausole del bando che esonera dalle attestazioni SOA le imprese che non intendono eseguire direttamente i lavori e comunque attribuiscono punteggi rilevanti senz’altro limite della possibilità di appaltare a terzi l’esecuzione delle opere. È poi del tutto ipotetico e sfornito di prova in concreto che E.H., una volta condivisa la bozza di convenzione, intendesse riservarsi una facoltà di esecuzione diretta delle opere nonostante avesse dichiarato di non volerle eseguire. L’art. 9 della convenzione 11

luglio 2003, n. 194 prevede il ricorso all'appalto per i lavori che il concessionario non è abilitato ad eseguire direttamente senza alcun limite quantitativo. L'eventuale dichiarazione di E.H. in sede di offerta di non voler eseguire non contrasta con la bozza di convenzione né con la possibilità espressamente prevista in sede di gara.

2.2.7) L'appello di TM.E deve essere per questa parte respinto.

2.3) Va, a questo punto esaminato il primo motivo dell'appello principale in forma incidentale e dell'appello principale di E.H. avverso il capo della sentenza n. 9571/04 che ha respinto la censura di difetto dei requisiti generali di ammissione alla procedura in capo a TM.E. (di cui al ricorso in primo grado n. 11484/2003) per l'insolvenza della Cooperativa Costruttori, componente il raggruppamento.

2.3.1) La convenzione con TM.E. era stata stipulata l'11 luglio 2003, quando la Cooperativa aveva già presentato al Tribunale di Ferrara l'istanza 23 giugno 2003 di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria e dopo che era stato dichiarato lo stato d'insolvenza della Cooperativa con sentenza del 2/3 luglio 2003. E.H. ribadisce perciò che la convenzione con il raggruppamento TM.E era illegittima: sebbene la Cooperativa fosse stata ammessa alla procedura di amministrazione straordinaria con decreto 13 agosto 2003 del tribunale di Ferrara e quindi in un momento successivo alla stipula, ciò non di meno in

quel momento avrebbe già perduto la legittimazione a contrattare con un'amministrazione.

La sentenza in esame ha ritenuto prevalente il successivo emendamento al DPR n. 554/99, introdotto dall'art. 75 DPR n. 412/00, sull'art. 17 co. 1, lett. h) DPR n. 34/00 che, tra i requisiti generali di qualificazione, prevede anche l'inesistenza di procedure di amministrazione straordinaria. Non essendo stata inserita dalla norma successiva tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, l'amministrazione straordinaria non poteva avere lo stesso trattamento del fallimento ai fini della certificazione SOA. L'art. 75 del DPR n. 412/00 avrebbe quindi recepito l'orientamento espresso da questo Consiglio circa la possibilità delle società in amministrazione straordinaria di concorrere agli appalti pubblici, visto che l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'attività economica deve consentire loro un'effettiva presenza sul mercato (Cons.Stato, V, 6 agosto 2001, n. 4241), non essendo possibile trarre argomenti contrari dalla generica formulazione dell'art. 24, lett. a) della direttiva n. 93/37/CEE.

Nell'appello si afferma che l'abrogazione tacita dell'art. 17 co. 1, lett. h) DPR n. 34/2000 non considera la diversa portata dei due regolamenti (il DPR n. 554/99 e il DPR n. 34/2000) dei quali solo il primo costituirebbe, con la legge Merloni, l'ordinamento generale dei lavori pubblici, con valenza di *lex generalis* per la partecipazione alle gare, a differenza del secondo, nel quale sono

contenuti gli specifici requisiti di partecipazione ai lavori pubblici. Inoltre, l'inidoneità a fini SOA delle imprese sottoposte ad amministrazione controllata, sarebbe stata ribadita dall'emendamento al DPR n. 34/00 apportato con l'art. 15-bis, del DPR n. 93/04.

La tesi non può essere condivisa. Anche se i decreti del Presidente della Repubblica n. 554/99 e n. 34/2000 rappresentano attuazione di norme di principio diverse della legge Merloni, sono entrambe espressione della potestà regolamentare di cui all'art. 17 comma 2 della legge n. 400/88, richiamata in tema di delegificazione delle norme sui requisiti di partecipazione alle gare e di qualificazione delle imprese. Che poi il DPR n. 554/99 rappresenti, insieme alla legge Merloni, l'ordinamento generale dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 109/94, non gli attribuisce una portata diversa da quella di un ordinario regolamento e non impedisce l'applicazione dei criteri ordinari dell'abrogazione per incompatibilità della fonte precedente con la stessa forza e valore, ad opera di quella successiva. Nessun argomento a sostegno della persistenza dell'esclusione delle imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria può infine essere tratto dall'art. 15-bis, DPR n. 93/04, che ha disciplinato la verifica di mantenimento dei requisiti di attestazione alla scadenza del triennio e non i presupposti per il rilascio dell'attestazione stessa.

2.3.2) Vengono, in tal modo, superate anche le ulteriori doglianze che E.H. muove nei confronti della decisione per non avere esaminato talune censure dei ricorsi. E invero:

- la giurisprudenza che attribuisce allo stato d'insolvenza dichiarata dal giudice la natura di causa di esclusione (Cons. Stato, IV, 8 giugno 1999, n. 516), va comunque limitata allo stato di insolvenza che precede la sentenza dichiarativa di fallimento e non l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria. L'amministrazione straordinaria, secondo la prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, V, 6 agosto 2001, n. 4241), non rappresenta causa di esclusione dalla partecipazione alla gara, anche considerata l'incertezza del rinvio alle situazioni equivalenti contenuto nell'art. 24, lett. b) dir. 93/37/CE;

- la dichiarazione dello stato di insolvenza non è sempre condizionata alla mancanza di disponibilità delle risorse finanziarie (arg. Cass., I, 11 maggio 2001, n. 6550) che, in tutti i casi di raggruppamento temporaneo, può essere supplita dalle altre imprese partecipanti, in quanto anche nel *project financing* l'autofinanziamento del progetto è richiesto al raggruppamento nel suo insieme.

2.4) Va anche respinta la censura dell'appello in esame nei confronti dell'asseverazione bancaria rilasciata sul PEF finale presentato da T.M.E., riprodotta dal ricorso di primo grado n. 8112/03.

2.4.1) Nel motivo di violazione degli artt. 37 bis e segg. della legge n. 109/94, si afferma l'invalidità o l'inidoneità dell'asseverazione 27.2.2003 di Banca Intesa a garantire il PEF sotto l'aspetto economico finanziario. E ciò per il contrasto con il principio desumibile dall'art. 2359 c.c. in ordine alla partecipazione detenuta da Banca Intesa in Termomeccanica S.p.A. e di quelle detenute da entrambe in TM.E. S.p.A. e Termomeccanica Ecologia. Secondo l'appellante E.H., la detenzione diretta o indiretta di partecipazioni di notevole consistenza nella società garantita priva l'Istituto di credito dell'assoluta terzietà che costituisce il presupposto imprescindibile dell'asseverazione.

2.4.2) La censura è stata respinta dal Tar sul rilievo che, nella speciale disciplina sulla finanza di progetto, manca un'esplicita norma impositiva del divieto di compartecipazione azionaria, o di altra forma di collegamento fra partecipante e istituto asseverante e che la *ratio* dell'art. 37-bis della legge n. 109/94 comporta un serio coinvolgimento dell'istituto di credito, il cui ruolo potrebbe spingersi oltre la mera asseverazione di "bancabilità" dell'operazione, non essendo vietato (ed essendo, anzi possibile e auspicabile) che la banca asseverante prenda successivamente parte all'effettivo finanziamento dell'operazione in favore del soggetto aggiudicatario. Il Tar ha poi disatteso la censura di insufficienza e di inidoneità dell'asseverazione di Banca Intesa, in quanto l'asseverazione sul progetto del vincitore finale è anche sostanzialmente confermativa della prima asseverazione alla luce

del maggiore impegno economico promesso nella fase dei rilanci negoziati e non altera i termini essenziali del primo giudizio di bancabilità. La sentenza ha infine osservato che non vi è adeguata chiarezza sull'entità minima necessaria che deve assumere l'asseverazione bancaria, né sul modello (invero assai generico e indeterminato) prefigurato dalla legge, non potendo in particolare costituire una differenza significativa la mancata verifica della congruità, che è riferita ai "dati elementari". Le conclusioni raggiunte dall'atto di regolazione 5 luglio 2001, n. 14 dell'Autorità di vigilanza non sarebbero sufficientemente univoche per giustificare l'accoglimento della censura, essendo rimaste aperte talune perplessità sia sulla natura giuridica che sui contenuti minimi dell'asseverazione bancaria.

2.4.3) La censura viene riprospettata in questa sede. Sotto il profilo soggettivo, E.H. sostiene che la terzietà dell'asseverante sarebbe necessaria perché l'attestazione che l'Istituto stesso rilascia sulla correttezza del Piano economico finanziario e la congruità degli elementi che lo compongono è utilizzata dall'Amministrazione come elemento sui cui basare le proprie decisioni. Sotto l'aspetto oggettivo, E.H. assume, poi, che la certificazione sarebbe invalida perché è stata conseguita da TM.E. senza esplicitare la circostanza che i dati sulla "bancabilità" del progetto erano oggetto dell'offerta definitiva da presentare e che quindi meritavano un riesame globale e approfondito del PEF non effettuato da Banca Intesa, come, invece, avrebbe dovuto anche

alla luce dell'atto di regolazione 5 luglio 2001, n. 14 dell'Autorità di vigilanza.

Nessuno dei due aspetti può essere condiviso.

2.4.4) Nel ribadire la necessaria terzietà dell'istituto asseverante, quale condizione per il rilascio dell'asseverazione, E.H. suppone che la presenza di collegamento azionario fra garante e società garantita farebbe venire meno la situazione di indipendenza dell'uno rispetto all'altro. Che la banca garante partecipi al capitale azionario del garantito trasformerebbe l'asseverazione in una sorta di dichiarazione di disponibilità dell'istituto di credito a subentrare nella posizione dell'aggiudicatario o addirittura in una auto-dichiarazione sulla capacità di autofinanziamento del progetto. L'insieme delle osservazioni non supera il rilievo del primo giudice che l'art. 37-bis non contiene una disciplina specifica dell'asseverazione dalla quale possa evincersi la preclusione soggettiva al suo rilascio, qualora l'asseverante partecipi al capitale dell'asseverata. Il fondamento della dedotta incapacità dell'istituto asseverante di garantire la solvibilità di enti o società nei quali l'istituto stesso abbia una partecipazione azionaria, dovrebbe ricavarsi in via analogica dal divieto di partecipare alla stessa gara dell'impresa controllante e di quella controllata nelle situazioni dell'art. 2359 c.c.. Fondamento di questo divieto è, però, la garanzia di tutela della *par condicio* dei partecipanti per i possibili contatti fra società madre e società figlia a danno delle altre aspiranti all'aggiudicazione, con

alterazione della gara (Cons. Stato IV, 1° ottobre 2004, n. 6367). L'identica conseguenza di danno ai terzi non si rinviene nel caso in esame, ove l'asseverazione non esatta o non obiettiva si ripercuote a danno dello stesso istituto asseverante. Nella posizione di azionista dell'asseverata, la conseguenza dell'asseverazione infedele sarebbe infatti il subingresso dell'asseverante nelle posizioni debitorie dell'asseverata e il suo coinvolgimento nella qualità di garante nella realizzazione del progetto, onde colmare le lacune finanziarie non puntualmente rilevate a suo tempo. E' perciò da escludere che la detenzione da parte dell'asseverante di partecipazioni nell'asseverata ingeneri in sé e per sé un interesse contrario o diverso da quello di rendere un'asseverazione obiettiva.

Oltre che introdurre una causa di esclusione non prevista dall'art. 37-bis e segg. della legge n. 109/94, ipotizzare che il collegamento con la società garantita si risolva, sul piano soggettivo, in una specie di "invalidità virtuale" dell'asseverazione, comporta la presunzione di un interesse del garante ad attestare la solvibilità della partecipata, di cui l'unica prova sarebbe il possesso di azioni della società asseverata. Tale prova dovrebbe però essere quantomeno sorretta da una concreta dimostrazione della reciproca interferenza nei processi decisionali delle società, che nella specie non è dato rinvenire. La censura non appare perciò sorretta da presupposti condivisibili.

2.4.5) Sul piano oggettivo, è da condividere l'inidoneità - affermata dal Tar della Campania- dell'atto di regolazione dell'autorità di vigilanza n. 14 del 5 luglio 2001 ad offrire elementi certi sui quali ancorare l'invalidità della certificazione prodotta da TM.E.. Oggetto dell'atto di regolazione è lo schema di lettera di asseverazione predisposto dall'A.B.I.. Dallo schema di lettera, l'Autorità avrebbe espunto una "clausola finale", perché priverebbe di effettività l'asseverazione stessa. Questa indicazione sarebbe, invece, contenuta nell'asseverazione di Banca Intesa del 27 febbraio 2003 rilasciata a TM.E (questo il tenore della clausola: *Banca Intesa si è basata sulla documentazione e sui dati elementari, conseguenti a profili di Vostra scelta industriale, da Voi fornitici, che non sono stati sottoposti a verifiche di congruità e della cui veridicità e congruità vi assumete la responsabilità...*). L'adito Collegio condivide le conclusioni del Tar, secondo il quale gli assunti dell'Autorità di Vigilanza non trovano adeguato riscontro nel contenuto dell'atto di asseverazione e nelle attività che deve svolgere l'Istituto asseverante. Circa il contenuto dell'atto di asseverazione, l'Autorità di Vigilanza sostiene che *"se può trovare giustificazione un deferimento ai dati forniti dall'impresa, per quanto ne riguarda la veridicità e la congruità, questo non può che riferirsi a quegli elementi che, per essere relativi ad accertamenti di fatto posti in essere dall'impresa, debbono darsi per veri e congrui, se ed in quanto non oggetto di possibile*

riesame, costituendo profili di scelta industriale propri dell'impresa stessa. La verifica di congruità riguarderà invece la struttura finanziaria dell'opera, nonché i costi ed i ricavi da valutarsi con riferimento ai dati elementari esposti dall'impresa") Sull'attività demandata all'Istituto asseverante, si legge ancora nell'atto di regolazione dell'Autorità che *"l'attività di asseverazione non si sostanzia in una mera verifica di massima sulla sostenibilità delle proposte; ma, al contrario, essa deve attestare la correttezza del piano economico finanziario e la congruità delle relative poste utilizzate per la sua elaborazione"*, nonché che *"la banca non si limita ad analisi formali (correttezza matematica delle voci) ma è chiamata ad effettuare valutazioni sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) contenuti nel piano presentato dal promotore ed a verificarne l'equilibrio in relazione, tra l'altro, ai flussi di cassa generati dal progetto"*, per cui *"imprescindibile è altresì la verifica della congruenza dei dati forniti nel piano economico-finanziario con la bozza di convenzione"*.

2.4.6) La presenza nell'asseverazione di TM.E della formula espunta dall'Autorità di vigilanza non implica di per sé la mancanza di "serietà" della verifica, come, in sostanza, riconosce anche il Tar. Alla formula "criticata" segue infatti l'asseverazione che ... *la verifica di congruità da parte di Banca Intesa riguarda pertanto la struttura finanziaria del*

progetto, nonché i costi ed i ricavi valutati con riferimento ai dati elementari da Voi fornitici Questa formula non è stata espunta dal contenuto dell'asseverazione da parte dell'Autorità di Vigilanza, la quale precisa al proposito che ... *la verifica di congruità riguarderà invece la struttura finanziaria dell'opera, nonché i costi ed i ricavi da valutarsi con riferimento ai dati elementari esposti dall'impresa...* riportando una formulazione sostanzialmente analoga a quella adoperata da Banca Intesa per asseverare il PEF di TM.E. E questo è sufficiente per conferire credibilità all'asseverazione nonostante la formulazione *espunta*. Del resto, il confronto fra l'asseverazione di TM.E e quella rilasciata ad Enel.Hydro da Meliorbanca in data 13 settembre 2002, non rivela sostanziali differenze, in quanto ambedue rispecchiano il modulo ABI oggetto di esame nell'atto di regolazione più volte citato.

2.4.7) Anche sotto l'aspetto oggettivo, la censura non è, perciò, suscettibile di accoglimento. È solo il caso di precisare che fra le asseverazioni presentate dai soggetti partecipanti prima e dopo la fase negoziata non vi è sostanziale identità, come ha invece ritenuto il Tar nel dichiarare inammissibile il profilo di censura, sull'assunto che il PEF non può essere innovato sostanzialmente nella fase negoziata, ma solo modificato su aspetti progettuali sostanzialmente accessori di talché l'asseverazione resa sul progetto finale del vincitore rispecchierebbe gli elementi presi in

considerazione nella fase di scelta del promotore e del competitore.

2.5) E.H. ha, infine, chiesto il riesame della decisione relativamente a tre punti delle censure del ricorso n. 8112/03, del ricorso n. 9426/02 e dei motivi aggiunti al ricorso n. 9426/02.

2.5.1) Nel primo motivo, E.H. si duole di essere stata in qualche modo costretta ad aderire alla fase della presentazione di offerte migliorative di ribasso dalla Commissione di gara secondo quanto stabilito nella nota 10 febbraio 2003. Nella nota è dato atto che *“nell’ipotesi nella quale si dovesse procedere alla rielaborazione condivisa degli elaborati di gara, si procederà ad una successiva fase nella quale verrà chiesto ai concorrenti, che avranno sottoscritto i documenti comuni di offrire ulteriori miglioramenti in favore del concedente in particolare sull’entità del contributo pubblico”*. Quanto prevede la nota citata sulla delimitazione dell’ulteriore fase ai profili quantitativi di ribasso, nel caso di condivisione degli altri elaborati, è dunque sorretto dal bando di gara che all’art. 13 reca analoga formulazione. La censura d’illegittimità della nota citata va perciò respinta con richiamo al bando di gara, non impugnato in punto nel ricorso n. 9426/02.

2.5.2) Da respingere è l’altra censura di illogicità dell’operato della Commissione che avrebbe determinato gli elementi di valutazione e i relativi pesi dopo avere approfondito le proposte economico finanziarie di ciascun PEF apprezzando i “margin di manovra”

delle offerenti. Nel verbale 24 febbraio 2003 viene espressamente dato atto dell'elaborazione condivisa degli elaborati di gara, sulla scorta dei quali i concorrenti erano invitati ad offrire gli ulteriori miglioramenti in favore del concedente. La condivisione vale, infatti, a porre i concorrenti su un piano di parità prima delle offerte migliorative e pertanto prima del passaggio all'ulteriore fase dei rilanci in diminuzione in favore del concedente. Rappresenta una petizione di principio che la Commissione giudicatrice fosse in grado di conoscere gli elementi essenziali della gara al fine di predeterminare l'offerta migliore in base alla lettura degli atti di gara. L'appellante non chiarisce il pregiudizio derivatole dalla limitazione ad alcune variabili delle offerte successive alla fase della condivisione né determina in che modo la concorrente ne avrebbe tratto un apprezzabile vantaggio.

2.5.3) Nel quarto motivo del ricorso n. 8112/2003, E.H. si doleva del fatto che in nessuno degli atti di gara anteriori alla nota 24 febbraio 2003 fossero stati fissati gli elementi di valutazione e i relativi pesi ed afferma che la loro determinazione successiva alla condivisione avrebbe consentito alla Commissione giudicatrice di apprezzare l'ulteriore margine di manovra di ciascun PEF rispetto alle fondamentali variabili di tipo quantitativo. Sul piano logico, la Commissione ha correttamente operato, perché solo dopo la condivisione degli elaborati progettuali, essa era in grado di conoscere gli elementi essenziali della gara. È affermazione apodittica dell'appellante che nella finanza di progetto gli elementi

quantitativi siano “già nel dominio tecnico scientifico della Commissione in base alla semplice lettura degli atti fondamentali di gara”. La censura va perciò respinta.

2.5.4) Non occorre esaminare il secondo motivo del ricorso n. 9426/2002, perché l'appellante lo ha espressamente condizionato all'esame del ricorso incidentale proposto in prime cure da TM.E. che l'adito Collegio ha respinto nella sua interezza.

3) Va, a questo punto, esaminato l'appello di TM.E. nei confronti della sentenza in esame (9571/2004), che, in accoglimento del secondo motivo del ricorso n. 8112/03, ha riconosciuto il difetto d'istruttoria sul Piano Economico Finanziario. Nell'accogliere il ricorso n. 8112/03 di E.H. e dichiarare illegittima l'ordinanza commissariale 7 giugno 2003, n. 160,-di aggiudicazione definitiva della concessione a TM.E.- il Tar della Campania ha sostenuto che i parametri di valutazione delle offerte migliorative finali di cui alla lettera ai partecipanti del 17/2/2003 ed al verbale della riunione del 24/2/2003 (sui pesi ponderali), non comprendevano l'esame del piano economico-finanziario (PEF). Nel verbale, la Commissione giudicatrice, conclusa la fase della condivisione degli elaborati progettuali e dopo l'attribuzione dei punteggi alle offerte migliorative, faceva espressa riserva di una “valutazione successiva, affidata all'amministrazione, sulla coerenza e sostenibilità dei PEF riformulati dopo le offerte”, riconoscendo espressamente la necessità, nel quadro della complessa procedura

di *project financing*, di una valutazione di merito sulla qualità del PEF.

Secondo i primi giudici, nella motivazione degli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva non vi era traccia di tale valutazione che non può identificarsi nell'asseverazione bancaria, ma deve trovare espressione in un apprezzamento sull'equilibrio economico-finanziario del progetto da parte della stazione committente sul piano economico finanziario, che rappresenta un elemento cruciale dell'operazione di *project financing*. Sempre secondo il Tar, non sarebbe perciò ammissibile la sottrazione del PEF a un esame da parte della Stazione committente in quanto è il PEF a sorreggere l'offerta: costituisce la sua spiegazione, rendendo comprensibile il modo in cui possono essere conseguiti i risultati migliorativi formalizzati con l'offerta finale nella fase negoziata ed individua le ragioni giustificatrici di tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti. La sentenza ha ritenuto viziati i provvedimenti commissariali per difetto dei necessari accertamenti ed ha dichiarato necessaria un'apposita verifica da parte dell'autorità procedente, tramite i propri uffici o attraverso un apposito organo straordinario, tenendo nel debito conto, tra l'altro, i rilievi critici formulati in sede di giudizio dalla parte all'epoca ricorrente.

3.1) Nel verbale del 24 febbraio 2003 la Commissione giudicatrice, conclusa la fase della condivisione dei progetti e degli elaborati posti a base di gara, ha redatto la graduatoria “ ...

applicando i criteri sopra riportati, ferma restando la valutazione successiva, affidata all'Amministrazione, sulla coerenza e sostenibilità dei PEF riformulati dopo le offerte". Pur ritenendo necessaria la valutazione di merito sulla qualità del PEF e sulla sostenibilità dei ribassi proposti dai partecipanti all'esito della negoziazione, la Commissione giudicatrice non l'ha effettivamente compiuta sia negli atti di aggiudicazione provvisoria che in quelli di aggiudicazione definitiva. Anche ad avviso dell'adito Collegio, la Commissione è pertanto venuta meno al suo specifico onere di accertare la coerenza e sostenibilità economica dell'offerta, procedendo all'esame del piano economico e finanziario. Data la strategicità del PEF nell'ambito della procedura di finanza di progetto, l'amministrazione procedente non avrebbe lacunosamente effettuato alcun esame di sostenibilità dell'equilibrio economico e finanziario dell'intera operazione sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e di gestione. Tale esame si differenzia dalla verifica di anomalia in senso stretto e si sostanzia nella seria valutazione di sostenibilità dell'intero progetto da parte della stazione committente sotto il profilo dell'equilibrio del piano economico finanziario. Questa valutazione non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che non sostituisce la valutazione amministrativa ma tutt'al più la integra. Per questo aspetto, l'operato dell'amministrazione non si sottrae al sintomo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria.

3.2) Sono perciò da respingere i motivi dell'appello di TM.E. sull'insindacabilità del PEF ed è da confermare la sentenza di primo grado i cui argomenti resistono alle censure dell'appellante.

3.2.1) E' da disattendere che il Tar non potesse sindacare il PEF a fronte del bando integrale di gara che, ai fini dell'individuazione dell'aggiudicatario, prevedeva lo svolgimento di due procedure, in nessuna delle quali il PEF farebbe parte degli elementi di valutazione dell'offerta. La rilevanza del PEF ai fini della sostenibilità del progetto è immanente alla disciplina degli artt. 37-bis e segg. della legge n. 109/94 che indica il PEF quale contenuto della proposta che il promotore presenta all'amministrazione aggiudicatrice unitamente agli altri elementi essenziali affinché la proposta stessa possa essere valutata (studio di inquadramento territoriale, studio di fattibilità, progetto preliminare bozza di convenzione, prezzo, caratteristiche del servizio e della gestione garanzie). Come tale, il PEF è parte essenziale delle proposte dei promotori, ai fini dell'individuazione di quella ritenuta più conforme al pubblico interesse, da porre in gara per il passaggio alla successiva fase. Nello specifico ambito dei rapporti fra amministrazione e promotore ex art. 37-ter, la fattibilità del progetto deve essere considerata anche nel quadro del "valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione". Sulla base del progetto preliminare eventualmente modificato e sulla base degli elementi a sostegno dell'offerta economicamente più vantaggiosa "nelle misure previste nel piano

economico finanziario presentato dal promotore”, si svolge, dunque, la gara disciplinata dall’art. 37-quater, sia nella modalità della licitazione privata (o dell’appalto concorso) prevista dalla lett. a) sia nella forma della procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i presentatori delle due migliori offerte. Diversamente da quanto l’appellante afferma, la commissione non aveva bisogno di inserire il PEF tra gli elementi di valutazione delle offerte migliorative finali, in quanto lo è già incluso per legge. Rispetto a questa previsione, l’unico elemento di novità previsto dal bando era la nuova asseverazione del PEF risultante dalla fase negoziata, salva la facoltà di affidare il servizio ad altro concorrente in caso di asseverazione negativa. Nel quadro di tale facoltà, va interpretata la valutazione successiva affidata all’amministrazione sulla coerenza e sostenibilità del PEF definitivo dopo la valutazione sulla qualità del medesimo e sulla sostenibilità dei ribassi proposti dai partecipanti all’esito della negoziazione.

3.2.2) Né appare accoglibile l’ulteriore aspetto di censura che il PEF sarebbe stato già valutato nella gara già esperita per la scelta del promotore, rispetto alla quale non potrebbe configurarsi il difetto d’istruttoria nella mancata valutazione all’esito della procedura negoziata. Sia pure convenendo sull’impossibilità di snaturare il progetto posto a base della gara all’esito della procedura negoziata, il Collegio osserva che la necessità della nuova valutazione è scaturita non tanto dalle modifiche apportate

in sede di condivisione degli elaborati tecnici e varianti del piano predisposto dal promotore, Consorzio Acquablu, quanto dalle offerte migliorative apportate dalle partecipanti. Non può perciò essere condiviso quanto TM.E. afferma circa la minima variazione alla sostenibilità del PEF in sede finale, pacificamente attestabile per il tramite dell'asseverazione bancaria. Né è infine accettabile che la rivalutazione del PEF all'esito della fase negoziata possa tradursi in un giudizio di merito analogo alla valutazione di anomalia delle offerte non prevista dalla norme in tema di finanza di progetto, data la differenza fra la sostenibilità del piano economico finanziario nel suo insieme e la sostenibilità dei singoli elementi di cui l'offerta si compone, propria del giudizio di anomalia.

3.2.3) L'appello principale (n. 8391/04) di TM.E. deve essere conclusivamente respinto e con questo, va anche rigettato l'appello incidentale di E.H. proposto nello stesso ricorso e l'appello principale di E.H. (n. 10167/04) basato sui medesimi motivi. La sentenza (n. 9571/04) del Tar della Campania va conclusivamente confermata.

4) Con ordinanza 9 luglio 2004, n. 128, l'Amministrazione, in esecuzione della sentenza n. 9571/04, ha nominato una Commissione di esperti per sottoporre a valutazione di coerenza e sostenibilità il PEF presentato dalla TM.E., alla luce dei rilievi del Tar della Campania. A conclusione dei lavori, nei quali la TM.E è stata ammessa ad interloquire, la Commissione ha redatto la

relazione 22 settembre 2004, sulla quale ha concordato il Sub Commissario, nella nota 29 ottobre 2004, n. 16639, dato atto dei chiarimenti trasmessi da T.M.E. il 18 ottobre 2004. Con l'ordinanza commissariale 9 novembre 2004, n. 148, la concessione è stata dunque aggiudicata nuovamente a T.M.E secondo l'acquisizione del PEF rimodulato in base alle prescrizioni della relazione conclusiva della commissione di esperti. Il PEF così aggiornato veniva successivamente prodotto, nella sua versione definitiva, dalla T.M.E.

4.1) L'ordinanza commissariale 9 novembre 2004, n. 148 e tutti gli atti precedenti della procedura sono stati impugnati al Tar da Enel.Hydro con ricorso n. 13831/04, per violazione della sentenza n. 9571/2004 e del divieto di rinegoziazione post aggiudicazione e degli artt. 19 e 37-bis l. n. 109/94 e con motivi ulteriori e aggiunti. Il ricorso è stato accolto dalla sentenza 10 agosto 2005 n. 10865 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, che ha riconosciuto la valenza semplicemente integrativa e chiarificativa dei documenti aggiuntivi prodotti da T.M.E., limitati a dettagli e chiarimenti esplicativi e non imputativi del PEF asseverato. La sentenza ha, poi, escluso che i chiarimenti forniti e la rimodulazione del PEF implicassero una vera e propria rinegoziazione in quanto, nelle modifiche risultanti dal PEF rimodulato, esse non assumono rilievo sostanzialmente significativo. Ha quindi respinto le eccezioni di T.M.E., di insindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali della

Commissione di esperti se non nei limiti dei manifesti vizi logici o degli errori di fatto, ritenendo l'ammissibilità delle censure nella misura in cui contestano l'operato della Commissione e dell'amministrazione concedente sulla completezza degli accertamenti, la ragionevolezza e la congruità delle valutazioni e la consequenzialità delle conclusioni. Il Tar ha escluso che la propria pronuncia comportasse la sostituzione della impugnata valutazione di coerenza e sostenibilità con una di segno opposto, poiché tale apprezzamento spetta unicamente all'autorità amministrativa. Quanto ai ricavi, la sentenza ha evidenziato una "certa approssimazione" sia nella redazione del PEF che nella successiva valutazione, ha, poi, escluso la rilevanza di una relativa sottovalutazione dei costi di personale e ha infine accolto le censure inerenti gli oneri di manutenzione e gli altri costi fissi.

4.2) Avverso la sentenza 10 agosto 2005 n. 10865 del Tar della Campania hanno proposto appello in via principale T.M.E. (n. 8969/2005) e la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Presidente della Regione Campania quale Commissario di Governo delegato (n. 9372/2005), censurando l'annullamento dell'ordinanza commissariale 9 novembre 2004, n. 148. Nei ricorsi si è costituita Enel.Hydro che ha proposto appello incidentale, riprospettando i motivi rigettati del proprio ricorso originario (n. 13831/04) avverso la nuova aggiudicazione della concessione in favore di T.M.E. dopo la fase istruttoria riaperta dal Commissariato.

4.3) L'appello incidentale di E.H. ripete i motivi - assorbiti o parzialmente accolti - prospettati nel ricorso n. 13831/04 al Tar della Campania nei confronti dell'ordinanza commissariale 2 novembre 2004, n. 148 e di tutti gli atti precedenti della procedura. In particolare, E.H. sostiene l'erroneità della sentenza n. 10685/05 per: (1) inammissibilità dell'integrazione del PEF da parte di TM.E. che non avrebbe alcuna valenza di documento sintetico, in violazione della precedente sentenza n. 9571/2004; (2) contraddittorietà intrinseca della sentenza n. 10685/05 nella parte in cui disattende che la rimodulazione del PEF rappresenta una rinegoziazione post aggiudicazione non consentita dagli artt. 19 e 37-bis l. n. 109/94; (3) errore di giudizio della decisione per avere ritenuto abbandonati taluni motivi del ricorso n. 8112/03 non esaminati dalla Commissione di esperti nominata dall'amministrazione; (4) mancanza di consequenzialità fra le premesse sull'inidoneità della stima dei ricavi a sorreggere il PEF e le conclusioni di inidoneità dell'offerta TM.E., affatto radicali ed assolute; (5) erroneità per avere ritenuto l'esame di sostenibilità del PEF immune da vizi nella parte in cui esclude la rilevanza della sottovalutazione dei costi di personale; (6) abdicazione dal principio dell'equilibrio economico finanziario, con accollo al concedente del rischio delle rinegoziazioni; (7) omessa specificazione che l'amministrazione non può operare alcuna ulteriore valutazione conseguente all'annullamento.

5) Delle suesposte impugnazioni, precede, in via logica, l'esame delle prime tre censure dell'appello incidentale proposto da E.H. negli appelli principali di T.M.E. e dell'Avvocatura dello Stato in quanto investono i criteri generali di riesame del PEF ritenuti legittimi dalla sentenza di primo grado. Le altre quattro censure di E.H., riguardanti i singoli elementi del PEF devono essere esaminate in uno agli appelli principali di T.M.E. e dell'Avvocatura dello Stato.

6) I primi tre motivi dell'appello incidentale di E.H. sono tutti privi di giuridico fondamento.

6.1) Nel primo motivo E.H. sostiene l'illegittimità del metodo seguito per rinnovare il procedimento in ossequio alla decisione n. 9571/2004 sotto tre distinti profili: - la richiesta di integrazione rivolta a T.M.E. le ha consentito di sanare l'assoluta insufficienza ed inidoneità del documento originario; - E.H. era stata privata della possibilità di interloquire nel procedimento di integrazione con riferimento ai propri motivi del ricorso accolto, espressamente affermata dalla sentenza n. 9571/2004 da eseguire; - la sentenza n. 10685/05 non ha considerato l'impossibilità di ogni intervento integrativo. Nessuno dei su evidenziati aspetti di censura è meritevole di accoglimento.

6.1.1) Nel ritenere necessaria la verifica di coerenza e sostenibilità del PEF di T.M.E. la sentenza n. 9571/2004 del Tar della Campania ha inteso prevalentemente affermare l'insufficienza e l'incompletezza dell'operato della Stazione appaltante e non

l'impossibilità di valutare il documento in sé e per sé. La Commissione Trombetti, preposta al riesame del documento afferma (pag. 3 della relazione conclusiva) che “i valori contenuti nel documento non contengono informazioni adeguate a chiarire pienamente i presupposti economico finanziari del piano, stante la carenza di analiticità e dettaglio e la totale mancanza della parte descrittiva”. Saggiunge però che “nel documento denominato <note e dettagli esplicativi al PEF TME> ... sono indicati elementi di dettaglio delle tavole del piano, relativi ai costi, ai ricavi e ai flussi di cassa, al confronto con il piano originario presentato dal promotore” ... grazie ai quali ... si è potuto procedere all'analisi delle grandezze contenute nel piano ...”. La richiesta di chiarimenti non ha perciò sanato una nullità originaria del documento perché non intelligibile, ma si è sostanziata nel doveroso adeguamento dell'amministrazione alle prescrizioni del giudice. Che poi la sentenza n. 9571/2004 abbia disposto a carico dell'Autorità procedente l'onere di eseguire ... “quella verifica di coerenza e sostenibilità del PEF aggiudicatario ... che è mancata nel corso del procedimento oggetto di causa ...” non comporta avere attribuito all'Amministrazione la possibilità di integrare il piano ad onta dell'art. 87, co. 2, DPR n. 554/99 e del termine di presentazione dello stesso prevista nel bando, ma più semplicemente di integrare, sul piano motivazionale, le considerazioni contenute nell'ordinanza del Commissario di Governo 7 giugno 2003, n. 160, che nel disporre l'affidamento

definitivo della concessione, faceva richiamo soltanto allo svolgimento della procedura e all'invito a T.M.E. a trasmettere il piano economico finanziario scaturente dall'offerte finale, ritenuto insufficiente dal TAR della Campania.

6.1.2) Che poi, nell'acquisire i chiarimenti richiesti dalla sentenza n. 9571/2004, non dovesse essere istaurata alcuna procedura partecipativa anche nei confronti di E.H. emerge dal tenore letterale della decisione (pag. 21, I° cpv.). Nel demandare la verifica di coerenza e sostenibilità del piano, la sentenza prescrive all'Autorità procedente di tenere "nel debito conto, tra l'altro, i rilievi critici formulati nel presente contenzioso dalle parti ricorrenti" e non già di riaprire il procedimento di valutazione del PEF precedentemente esaurito.

6.1.3) Considerato il carattere soltanto esplicativo e chiarificatore di singoli aspetti del PEF demandato all'Amministrazione, è perciò superfluo stabilire se la sentenza n. 10685/05, incidentalmente impugnata, abbia o meno ritenuto ammissibile l'integrazione del PEF. Possibili modesti aggiustamenti nei coefficienti numerici, suggeriti dalla Commissione non ne implicano la sostanziale modificazione che, al pari di qualsiasi manifestazione di conoscenza o di giudizio, si realizza quando vengano alterati i presupposti rispetto a quelli originari e non nel caso di correzioni che non pregiudichino la sostenibilità dell'investimento, nel rispetto del principio di coerenza (cfr. pag. 12 della Relazione della Commissione).

6.2) Nel secondo motivo in esame, E.H. censura la decisione per avere ritenuto possibile la rimodulazione del PEF di TM.E. nonostante la centralità del piano nella procedura di finanza di progetto che precluderebbe la rielaborazione postuma seguita alle integrazioni proposte dalla Commissione di verifica. Tutto ciò sotto tre distinti profili: - lo sconvolgimento delle originarie previsioni economico finanziare comportava una nuova valutazione del nuovo PEF finale predisposto di TM.E.; - oggetto di valutazione doveva essere l'offerta finale risultante al termine della negoziazione e non quella rinegoziata; - il PEF rimodulato con integrazioni a più riprese non è compatibile con gli artt. 19 e 37-bis della legge n. 109/1994. Nessuna delle censure (da pag. 22 a 36 dell'appello incidentale) può essere condivisa.

6.2.1) E' anzitutto da disattendere che le affermazioni della sentenza impugnata sulla centralità del piano economico finanziario nella finanza di progetto implicino di per sé l'incoerenza delle correzioni suggerite dalla Commissione di verifica rispetto alla sostenibilità dell'investimento. E' infatti ineccepibile l'affermazione del Tar che la centralità del piano, ancorché finalizzata a garantire la concreta fattibilità dell'offerta risultata vincitrice, non esclude la possibilità di rimodulazione di alcuni degli elementi di giudizio anche sulla base di un contraddittorio istaurato con il soggetto proponente, in mancanza di ragioni ostative desumibili dalla legge o dal precedente giudicato formatosi sulla sentenza n. 9571/2004.

6.2.2) E' inoltre infondato che la finalità del PEF di garantire l'equilibrio economico finanziario della concessione comportasse, nella gara in esame, la riformulazione della graduatoria delle offerte in base ai ribassi presentati dal promotore e dai *competitors* sulla scorta del PEF presentato a conclusione della procedura negoziata, rispetto alla quale qualsivoglia modificazione costituirebbe un'inammissibile rinegoziazione e non già una rimodulazione del medesimo, come invece sostenuto dalla sentenza impugnata. Non è infatti condividibile, l'assunto secondo cui lo sconvolgimento del PEF originario, successivo alla conclusione della procedura negoziata rispetto a quello presentato da TM.E. nella fase della licitazione richiedeva un riesame talmente accurato e approfondito da escludere la possibilità di qualsiasi variazione. Che a conclusione della procedura negoziata, TM.E. abbia esposto un contributo pubblico pari a circa venti milioni di Euro e nessun rimborso per il valore residuo degli investimenti accollandosi in tal modo l'onere del finanziamento pari a oltre ottanta milioni di Euro, appartiene alle scelte strategiche dell'impresa, rispetto alle quali la valutazione che l'Amministrazione è tenuta a compiere investe la sostenibilità del progetto nel suo insieme e non può arrestarsi alla valutazione dell'aumento di capitale della società di progetto (da diciannove a trentatre milioni di Euro), a dire dell'appellante troppo esiguo per essere coerente con il PEF proposto in fase di licitazione, nel quale il contributo pubblico ammontava ad ottantadue milioni e il

valore residuo degli investimenti a diciannove milioni. Correttamente l'appellata TM.E. ha opposto la diversità di modelli di PEF idonei a sorreggere la credibilità dell'offerta, il cui mutamento di taluni elementi marginali non giustifica l'ipotesi di una rinegoziazione e tantomeno avvalora l'assunto sulla necessità di riammettere, nella fase di verifica, anche il confronto fra l'offerta ed il PEF dell'aggiudicataria e quelle dei competitori.

6.2.3) Che infine TM.E. abbia prodotto documentazione aggiuntiva con le note del 9 settembre e 15 ottobre 2004 contenenti dettagli e chiarimenti esplicativi non implica che il PEF si sia realizzato quale "fattispecie a formazione progressiva. Che la procedura di riesame non sia disciplinata dalla legge e che gli elementi dell'offerta siano stati condivisi giustifica che anche nella fase di riesame del PEF, TM.E abbia fornito i necessari chiarimenti. Un volta determinatasi ad osservare le prescrizioni del Tar l'Amministrazione era pertanto libera di richiedere a TM.E le delucidazioni che riteneva più opportune secondo uno schema collaborativo che trovava il proprio presupposto nella stessa sentenza da eseguire, senza che ciò incidesse sulla formazione del PEF.

6.3) Il terzo motivo è, infine, inammissibile, per genericità, in quanto E.H. non specifica quale delle censure di primo grado non sia stata oggetto di esame da parte del Tar nella sentenza n. 13831/2004.

7) Segue, nell'ordine, l'esame degli appelli principali di TM.E e dell'Avvocatura dello Stato e degli ultimi quattro motivi dell'appello incidentale di TM.E..

7.1) Ad avviso delle appellanti (pag. 36 dell'atto introduttivo dell'appello di TM.E.), la sentenza avrebbe erroneamente ritenuto privi di esauriente spiegazione i volumi sensibilmente superiori considerati da TM.E. nel proprio PEF rispetto a quelli previsti nella programmazione originaria per i servizi di depurazione e fognatura. Sempre secondo le appellanti, erroneamente la decisione impugnata avrebbe ritenuto tale discrasia non compensata da un minore livello tariffario medio e dal mancato conteggio, da parte di TM.E, dei proventi derivanti dalla depurazione dei reflui autotrasportati (cd. "bottini"). Sarebbe perciò erronea la conclusione della sentenza che la discordanza sui volumi fatturati non ha trovato una esauriente spiegazione né da parte della Commissione di valutazione, né da parte di TM.E.. L'appellante sostiene in particolare (pag. 39 dell'atto introduttivo dell'appello di TM.E.) l'affidabilità dei valori idrici fatturabili all'utenza, esposti per la determinazione dei proventi nel progetto preliminare del promotore che aveva effettuato una riduzione prudenziale del dieci per cento sui volumi fatturabili e la quantificazione dei proventi derivanti dalla depurazione dei reflui autotrasportati nelle voci "nuovi allacci" e "pulizia bottini". Sarebbe pertanto ineccepibile, sul piano della logica, il valore complessivo dei ricavi indicati da TM.E nell'elaborazione del

proprio PEF con riferimento alle quattro “grandi voci” riguardanti i volumi fatturabili all’utenza civile (e volumi acqua utenza industriale), ai volumi fatturabili relativi al comune di Napoli, alle stime per i nuovi allacci e trattamento “bottini” e al timing di realizzazione delle opere. Il Collegio ritiene fondate le censure.

7.1.1) Il sede di riesame del PEF, la Commissione presieduta dal prof. Trombetti ha osservato che i valori di fatturato netto non appaiono distanti da quelli indicati nel PEF del promotore, essendo irrilevante il diverso andamento dello sviluppo analitico dei ricavi in quanto la differenza appare contenuta. La poca chiarezza delle tabelle del PEF viene ricondotta dalla Commissione essenzialmente “sul piano computistico” che può indurre il lettore in errore sulla mancata effettuazione dell’abbattimento per mancata riscossione. Solo per questo la Commissione segnala la necessità che vengano esplicitati i ricavi netti, al momento riportati solo nelle note e nei dettagli esplicativi. E’ ineccepibile quanto la Commissione nota sul calcolo della mancata riscossione applicata al fatturato che non appare perfettamente in linea con quanto indicato nella bozza di convenzione per ciò che attiene l’indicizzazione dei ricavi rispetto all’inflazione e che analogo scostamento riguarda lo sviluppo dei costi per il servizio di riscossione da parte del gestore. Ma è altrettanto ineccepibile che la Commissione stessa conclude per la necessità di una correzione che di per sé non produce sul risultato

finale un impatto tale da minare la sostenibilità dell'intervento e la coerenza con il procedimento di gara.

7.1.2) L'analisi della Commissione supera le discrasie rilevate da E.H. nel punto 4 dell'appello incidentale circa l'omesso esame dei motivi di incongruenza accolti con il ricorso originario n. 8112/03. Va precisato che la precedente sentenza n. 9571/04 aveva condiviso le tesi della ricorrente E.H. circa l'incongruenza del piano economico finanziario di T.M.E, laddove prevedeva di incassare sin dall'inizio della gestione gli importi stimati nel progetto del promotore, imputando ad entrate anche il fondo vincolato all'attuazione del piano d'ambito della legge "Galli", di conseguire un incremento di volumi idrici dal settimo anno di gestione superiore all'incremento previsto dal promotore, di computare nei ricavi anche quelli delle reti fognarie ricadenti nel comune di Napoli esclusi dalla concessione. La Commissione, nella relazione finale, si è data carico di queste obiezioni, concludendo che ... "anche considerando quanto eccepito dai ricorrenti sui ricavi del piano, dal confronto fra il fatturato netto di T.M.E e quello condiviso del promotore non emergono elementi rilevanti nel senso del mancato rispetto delle ipotesi di base del progetto originario". Le conclusioni della Commissione non possono essere disattese dalla sentenza n. 10685/04 laddove afferma che la discordanza sui volumi fatturati non ha trovato esauriente spiegazione nel presente giudizio da parte di T.M.E e della Commissione in quanto T.M.E considera nel proprio PEF

per i servizi di depurazione e fognatura volumi sensibilmente superiori a quelli previsti dalla programmazione originaria. La sentenza sostituisce in tal modo la sua valutazione a quella dell'organo tecnico dell'Amministrazione che ha preso in esame le singole componenti dei ricavi, ritenendo coerenti le previsioni sia quanto al fondo vincolato, sia in merito ai ricavi da "bottini". Che le conclusioni cui perviene la Commissione siano diverse da quelle svolte da E.H. (pag. 78 della memoria E.H.), non costituisce elusione del giudicato sulla sentenza 9571/94 ma rappresenta esercizio di discrezionalità tecnica della Commissione medesima, libera di pervenire a motivate conclusioni in merito alla sostenibilità del piano sulla scorta degli elementi di valutazione in suo possesso e di quelli forniti da T.M.E. ammessa ad interloquire.

7.2) Secondo l'appellante (pag. 47 dell'atto introduttivo), la sentenza avrebbe poi erroneamente affermato che la Commissione aveva espresso nella relazione una riserva in merito alle voci "oneri di manutenzione ed altri costi fissi" e che tale riserva non sarebbe stata superata nella successiva nota 29 ottobre 2004 del sub-commissario. Sempre ad avviso dell'appellante, la relazione della Commissione Trombetti non contiene invece alcuna riserva e all'Amministrazione sarebbero stati forniti comunque i documenti necessari a superare la riserva. Anche questo profilo è fondato.

7.2.1) Nella relazione in esame (punto e - costi operativi fissi cumulati) la Commissione rilevava la "grande portata" dello

scostamento pari al 29% con il PEF del promotore. L'aggregato si compone di costi per il personale, oneri di manutenzione ed altri costi fissi. In particolare, la Commissione non ha rilevato elementi di incongruità quanto ai costi per il personale, in relazione al quale il risparmio dichiarato rispetto al PEF del promotore è vicino al 4%, spalmato per la durata della concessione e per il costo medio unitario che viene giustificato con l'esperienza di T.M.E. nella gestione di altri depuratori nell'area.

7.2.2) Sono perciò da respingere le considerazioni contenute al punto 5 dell'appello incidentale di E.H. circa l'impossibilità dell'aggiudicataria di assicurare al personale gli attuali livelli retributivi e la necessità di rinegoziare il PEF, essendo l'applicazione della contrattazione collettiva di settore un onere per il gestore del servizio di cui è stato tenuto conto nella formulazione dell'offerta. Che la stima dei costi di personale, inserita da T.M.E nel proprio PEF sia la stessa di quella fatta dal promotore, di Euro 35.133,00 per ciascun dipendente in servizio, contraddice l'assunto di E.H. che il costo medio per addetto sia stata sottostimata e che la stessa T.M.E. si sia nel prosieguo impegnata ad assumere il personale già occupato non comporta alcuna rinegoziazione del PEF dato il considerevole numero di anni in cui è diluito l'impegno, già rilevato dalla Commissione di verifica.

7.2.3) Per gli oneri di manutenzione, invece, l'importo cumulato iscritto nel conto economico previsionale presenta uno

scostamento in termini percentuali pari ad uno sconto del 49% rispetto alle indicazioni del promotore. A partire dal terzo esercizio, TM.E. prevede di realizzare risparmi molto consistenti rispetto a quanto indicato nel PEF del promotore, giustificati dalla società con il richiamo all'esperienza nella gestione di impianti simili. Ad avviso della Commissione, l'analisi di congruità di tale offerta richiede ulteriori specificazioni tecnico-economiche dal confronto documentato con realtà simili e la verifica nelle fasi più avanzate di progettazione. La stessa conclusione la Commissione raggiunge anche per quanto riguarda gli altri costi fissi, relativi a spese telefoniche, postali, per assicurazioni, per mezzi aziendali, guardiania ed altri, con uno sconto sul valore originario pari al 75%. La commissione osserva in proposito che si tratta di una stima complessiva e parametrica, la cui analisi di congruità è anche legata alla fase di progettazione ed alla possibilità di sfruttare economie di scala e di esperienza con investimenti analoghi in essere da parte del concessionario.

7.2.4) Per entrambe le voci, l'amministrazione ha provveduto ad un'integrazione, alla quale TM.E. ha dato positivo riscontro. Con nota 29.10.2004 n. 16639, il sub-commissario ha dato atto che la Commissione Trombetti, sia pure esprimendo un giudizio positivo sulla sostenibilità e coerenza del piano economico finanziario, aveva richiamato l'attenzione dell'amministrazione sull'opportunità di sottoporre a verifica i profili tecnico-quantitativo dei costi di manutenzione e degli altri costi fissi così

come definiti nella relazione della società acquisita al protocollo della struttura commissariale il 9 settembre 2004; con note del 13 e del 14 ottobre 2004 erano stati richiesti a TM.E ulteriori e più dettagliati dati relativi alle voci e, con nota pervenuta alla Struttura Commissariale il 18 ottobre 2004, era stata trasmessa la richiesta documentazione. Nella medesima nota 29 ottobre 2004, il Commissariato di Governo concludeva che "... le differenze tra il Promotore e la TM.E. nascono da un confronto tra fasi diverse della procedura della Finanza di Progetto. Il futuro Promotore esprime detti costi in sede di offerta per individuare il Promotore medesimo; TM.E. fissa detti costi a valle della procedura negoziata, a seguito dei ribassi di gara. Sono quindi due momenti diversi dell'iter procedurale. Lo stesso Promotore, infatti, a valle della procedura negoziata, ha effettuato non trascurabili ribassi sulle cinque voci poste a base di gara che non possono non riflettersi anche sui "due costi fissi" già citati. Va, infatti, evidenziato che i ricavi, unitamente all'abbattimento ricavi ed ai costi variabili (essendo questi ultimi legati ai ricavi), sono elementi concordati nella procedura negoziata; il servizio di riscossione è anch'esso un elemento contrattuale non modificabile. La Commissione richiama l'attenzione dell'Amministrazione ad una ulteriore verifica dei due valori già citati. Nel merito, per quanto riguarda "gli altri costi fissi", la Commissione rileva che il Promotore, nella sua proposta, inserisce voci non tutte concordanti con quelle che riporta TM.E.. Per quanto riguarda i

costi di manutenzione della TM.E., il confronto con realtà simili al momento non è, secondo la Commissione, possibile, trattandosi di impianti che, una volta ristrutturati ed adeguati per rispondere, tra l'altro, alle nuove normative, assumeranno una configurazione del tutto nuova, di cui non si dispone, ad oggi, di dati consolidati sul territorio nazionale. Non c'è, in altre parole, una memoria storica a riguardo (valga ad esempio la normativa sul riutilizzo delle acque reflue, a cui dovranno attenersi in futuro tutti gli impianti di depurazione, che è solo di recentissima emanazione). Una analisi comparativa relativa agli impianti presenti nei Paesi della Comunità Europea si presenta ancora più problematica in quanto si dovrebbero omogeneizzare diversi fattori quali ad esempio: i diversi cicli di trattamento, il costo dell'energia, l'incidenza delle tasse, le caratteristiche dell'ambiente recettore in cui viene scaricato l'effluente trattato, etc. La stessa TM.E. tiene a sottolineare che i dati relativi ai due predetti costi sono comunque valori propri del suo know-how e quindi attinenti alla sua capacità imprenditoriale. La Commissione ha sottolineato perciò che l'Amministrazione debba porre, così come già previsto peraltro negli atti contrattuali, particolare attenzione alla verifica delle fasi più avanzate di progettazione definitiva ed esecutiva, essendo ad oggi le valutazioni complessive comunque legate ad un progetto preliminare che di per se è affetto da approssimazione. In data 2 dicembre 2004, TM.E ha trasmesso al Commissariato di Governo

il PEF rimodulato secondo quanto prescritto nella relazione della Commissione in data 22 novembre 2004.

7.2.5) Alla luce dei documenti in atti, non è perciò da condividere quanto afferma la sentenza impugnata in merito alla incapacità dell'ulteriore istruttoria di esprimere una valutazione esauriente sugli aspetti più determinanti del PEF la cui verifica è spostata alle fasi più avanzate di progettazione definitiva ed esecutiva in considerazione dell'approssimazione insita nella progettazione preliminare da cui derivare una incompletezza ed indeterminatezza dei dati del PEF (sentenza 10685/04 punto 3.8). Più che indeterminatezza dei dati del PEF, la nota del Sub Commissario evidenzia la mancanza di elementi di riscontro obiettivi, data la novità della concessione, la cui configurazione non dispone di dati consolidati, in assenza di memoria storica a riguardo e la problematicità dell'analisi comparativa sugli impianti dei paesi della Comunità. Né, del resto, l'aggiudicatario sembra venuto meno all'onere di documentare la sostenibilità delle previsioni formulate dopo il cambiamento, perché, come evidenziato dalla stessa Commissione, la rimodulazione del PEF non produce sul risultato finale un impatto tale da minare la sostenibilità dell'investimento ma evidenzia più chiaramente le grandezze di riferimento ai fini della garanzia che la bozza di convenzione assicura al concessionario.

7.2.6) Vengono in tal modo superate anche le censure nel sesto motivo dell'appello incidentale di E.H. incentrate sull'erroneità

della decisione per non avere rilevato l'incapacità intrinseca del concessionario nel fronteggiare i costi del progetto e dichiarare inattendibile l'offerta di TM.E..

7.3) Nelle suesposte considerazioni è il fondamento dell'appello di TM.E (n. 8969/05) e di quello dell'Amministrazione (n. 9372/05) basato su analoghe censure. Le medesime considerazioni sono poi assorbenti i profili di contraddittorietà e di travisamento della decisione, in parte superflui come quello di omessa considerazione dell'attestato della Dresdner Bank sulla correttezza del PEF, in parte ripropositivi, sotto altro profilo delle censure già esaminate, come quello di formalismo dell'impugnata decisione. Ancora, dalle considerazioni in esame emerge l'infondatezza del residuo motivo -il settimo- di appello incidentale di E.H., ivi compreso l'ultimo, nel quale si paventa la possibilità di rinnovate valutazioni del PEF, essendo quelle operate dalla Commissione di verifica del tutto esaustive.

8) L'infondatezza dell'appello incidentale di E.H. proposto nei medesimi ricorsi, esime il Collegio dall'esaminare quanto eccepito da TM.E. nel primo motivo dell'appello principale sull'ammissibilità del ricorso di primo grado e sull'ammissibilità dello stesso appello incidentale di E.H.

9) Conclusivamente, vanno respinti il ricorso in appello n. 8391/2004 e l'appello incidentale di E.H. nonché il ricorso in appello n. 10167/2004. Va, per l'effetto, confermata la sentenza n. 9571/2004 del Tar della Campania. Devono essere accolti, nei

sensi di cui in motivazione gli appelli n. 8969/2005 di Termomeccanica Ecologia e n. 9372/2005 dell'Amministrazione e va rigettato l'appello incidentale di Enel.Hydro svolto negli appelli ora detti. Deve conseguentemente essere riformata la sentenza n. 10695/2005 del Tar della Campania e essere respinto il ricorso originario n. 13831/04 proposto da Enel.Hydro. Sussistono i giusti motivi per compensare fra tutte le parti in causa le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello di cui in epigrafe, siccome riuniti:

- respinge il ricorso in appello n. 8391/2004 e l'appello incidentale di E.H.;
- respinge il ricorso in appello n. 10167/2004;
- conferma, per l'effetto, la sentenza n. 9571/2004 del Tar della Campania;
- accoglie nei sensi di cui in motivazione gli appelli n. 8969/2005 di Termomeccanica Ecologia e n. 9372/2005 del Commissario delegato per l'emergenza bonifiche e tutela delle acque e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri
- rigetta l'appello incidentale di Enel.Hydro svolto negli appelli ora detti;
- riforma per l'effetto la sentenza n. 10695/2005 del Tar della Campania;

- respinge il ricorso di I grado n. 13831/04.

Compensa fra tutte le parti in causa le spese di giudizio.

Così deciso addì 14 marzo 2006 e successivamente addì 28 settembre 2006 in Camera di Consiglio con l'intervento di:

Agostino Elefante	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere, est.
Michele Corradino	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
F.to Cesare Lamberti	F.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 17 NOVEMBRE 2006

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale