

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2764/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 667 REG.RIC.

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

ANNO 2008

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 667 del 2008 proposto dalla MA.FRA.
S.R.L., in proprio e quale capogruppo del costituendo
raggruppamento con CREDITALIA SVILUPPO IMPRESA
S.P.A. e FUTURA S.R.L., costituitasi in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Arturo Cancrini e Pierluigi Piselli, presso il cui studio
elettivamente domicilia in Roma, via Giuseppe Mercalli, n. 13;

contro

il COMUNE DI RECALE, non costituitosi in giudizio;

e nei confronti

della IMPROMED CONSORZIO STABILE S.P.A., costituitasi
in persona del Presidente, legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Soprano e Michele
Lopiano, elettivamente domiciliata in Roma, via degli
Avignonesi, n. 5, presso lo studio del primo difensore;

per la riforma

della sentenza n. 7584 del 13 settembre 2007 pronunciata dal
Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di
Napoli, sez. VIII;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società intimata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

Uditi alla pubblica udienza del 3 febbraio 2009 l'avv. C. De Portu, delegato dall'avv. Cancrini, per la Ma.Fra. S.r.l. e l'avv. Soprano per la società appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. – Giunge in decisione l'appello interposto dalla Ma.Fra. S.r.l. (d'ora innanzi "Mafra") avverso la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. della Campania, sede di Napoli, ha accolto il ricorso incidentale della Impromed Consorzio Stabile S.p.A. (nel prosieguo "Impromed") e, per l'effetto, ha dichiarato improcedibile quello principale, promosso dall'odierna appellante onde ottenere l'annullamento:

a) del provvedimento del Responsabile dell'area urbanistica del 31 ottobre 2006, di cui alla nota 22 dicembre 2005 (con il quale detto Responsabile, nel far proprie le determinazioni della Commissione, procedeva ad attivare la procedura per la indizione della nuova gara d'appalto *ex art. 37-quater* della L. n. 109/94 e s.m.i., ponendo a base di gara il progetto della Impromed), nonché

b) dei verbali della commissione suindicata e

c) della deliberazione di Giunta Comunale n. 204 del 30 ottobre 2006 e della relativa proposta.

2. – Si è costituita in giudizio, per resistere all'appello, la Impromed, contestando tutto quanto dedotto dalla Mafra e concludendo per il rigetto dell'impugnazione.

3. – All'udienza del 3 febbraio 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. – Giova premettere alla successiva esposizione delle ragioni che sorreggono la decisione una breve ricostruzione della vicenda devoluta alla cognizione del Collegio.

5. - Con avviso indicativo di *project financing*, pubblicato sulla G.U.R.I. del 2 maggio 2006, il Comune di Recale invitava gli eventuali interessati a presentare proposte per la realizzazione delle opere di attuazione del piano per insediamenti produttivi, adottato con delibera consiliare n. 68 del 5 aprile 2006, per un importo presunto di euro 9.000.000,00.

Tra le quattro proposte pervenute il Comune sceglieva, come progetto da porre a base della indicenda gara, quello presentato dalla Impromed.

Contro la relativa determinazione del 31 ottobre 2006 e gli altri provvedimenti sopra indicati insorse la Mafra, in proprio e nella qualità di capogruppo della costituenda ATI con le società Creditalia Sviluppo Impresa S.p.A. e Futura S.r.l., deducendo un solo, articolato motivo. In sostanza, la società ricorrente lamentò

che il progetto presentato dalla Impromed fosse difforme dall'oggetto dell'avviso e, pertanto, da dichiarare inammissibile.

La Impromed, oltre a contestare la fondatezza dell'impugnativa, propose a sua volta un ricorso incidentale, prospettando l'inammissibilità del ricorso della Mafra sul presupposto della mancata esclusione della ricorrente dalla procedura.

Con successivi motivi aggiunti la Mafra estese l'impugnativa al bando di gara e al relativo disciplinare.

6. – Nell'esaminare le questioni sottoposte al suo vaglio, il T.a.r. ha dato la precedenza allo scrutinio dei motivi del ricorso incidentale, ritenendoli fondati.

In particolare, il primo Giudice ha osservato che il documento prodotto dalla società ricorrente principale, intitolato "criteri di valutazione, garanzie offerte alla p.a., spese sostenute", non recava l'indicazione di tutti gli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. *b*), della L. n. 109/94 e che il piano economico-finanziario dalla stessa presentato conteneva "palesi incongruenze".

Dette anomalie, secondo il T.a.r, avrebbero dovuto comportare l'esclusione dalla procedura della Mafra per inammissibilità della proposta presentata, in quanto:

a) l'art. 37-*bis*, comma 1, della L. n. 109/94 contiene un'indicazione analitica delle componenti strutturali delle proposte dei promotori e, in dettaglio, stabilisce che dette

proposte devono, tra l'altro, indicare gli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), della L. n. 109/94, nonché le garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice;

b) analoga prescrizione era contenuta nel citato avviso indicativo pubblicato dall'amministrazione per la procedura in discorso;

c) dalla documentazione in atti risultava che la ricorrente principale, nell'elaborato recante i "criteri di valutazione-garanzie offerte alla p.a. spese sostenute", aveva indicato un punteggio pari a zero sia per l'elemento "prezzo" sia per l'elemento "rendimento";

d) pertanto la Mafra, pur avendo formalmente indicato tutti gli elementi prescritti dalla legge, aveva nondimeno omissso di specificare i punteggi attribuibili per i due elementi succitati, limitandosi a precisare, solo in riferimento all'elemento prezzo, che si trattava *"di opere per le quali non sono previsti prezzi o tariffe amministrativi o predeterminati non vi è luogo alla corresponsione del prezzo per l'equilibrio economico-finanziario, di cui all'art. 19, comma 2, della legge n. 109/94 e s. m.i. e pertanto non sono ammesse offerte che prevedano, da parte dell'Ente, la corresponsione di un prezzo o rimborso, o compartecipazione alla spesa, o cessioni di proprietà o in diritto di godimento di beni immobili"*, mentre nessuna spiegazione aveva fornito in ordine all'elemento "rendimento";

e) l'art. 37-*quater*, al comma 1, stabiliva che le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver individuato le proposte di pubblico

interesse, dovessero indire, per ciascuna di esse, una gara diretta a selezionare i soggetti presentatori delle due offerte da porre in competizione con il promotore già individuato “*al fine di aggiudicare mediante la procedura negoziata la relativa concessione*” e, al comma 2, la stessa disposizione prevedeva che la licitazione privata, da svolgere con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, fosse effettuata ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore.

Sulla base del riferito sviluppo argomentativo il Tribunale ha statuito che gli elementi di cui all’art. 19, comma 2, lett. *b*), costituiscono, ai sensi della normativa applicabile alla fattispecie *ratione materiae*, il nucleo essenziale delle singole proposte, posto che da essi l’amministrazione trae i valori da porre a base della gara: di qui la necessità della loro indefettibile indicazione nella proposta; per contro, la pretermissione, anche parziale, di detti elementi, soprattutto di quelli relativi al prezzo e al rendimento, impedirebbe all’amministrazione di formulare qualunque previsione in ordine al futuro flusso finanziario della costruenda opera pubblica, con conseguente impossibilità di valutare la fattibilità finanziaria della proposta in termini di ritorno economico della gestione.

Ha soggiunto infine il T.a.r. che:

- l'avviso indicativo di finanza di progetto prescriveva *sub* n. 7) “*l’indicazione degli elementi formanti i criteri di aggiudicazione della concessione, in ordine decrescente e con l’indicazione dei punteggi minimo e massimo attribuibili a ciascun parametro*”;

- il Comune avrebbe valutato la fattibilità dei singoli progetti pervenuti sulla base dei criteri, elencati nelle relative proposte, da porre eventualmente a base della quale da indire ai sensi dell’art. 37-*quater* della L. 109/94;

- lo stesso avviso aveva esattamente individuato gli elementi da indicare nelle proposte, specificando altresì che, a fianco di ciascun elemento, dovesse essere precisato il punteggio attribuibile.

In siffatto contesto il T.a.r. ha ritenuto che l’omissione dei due elementi (prezzo e rendimento), situazione giudicata equiparabile *quoad effectum* alla mancata indicazione di un punteggio, fosse in contrasto con il tenore letterale della normativa di gara.

Sulla scorta di tale serrato argomentare il primo Giudice si è pronunciato nel senso dell’accoglimento del ricorso incidentale, con conseguente dichiarazione di improcedibilità di quello principale.

7. – Con il primo mezzo di gravame la Mafra critica la decisione nella parte recante l’accoglimento del ricorso incidentale e, con il

secondo motivo, ripropone in appello i motivi non esaminati dal Tribunale.

8. – Il ricorso è infondato.

Il Collegio non ritiene infatti di doversi discostare dalla condivisibile motivazione, sopra ampiamente riferita, su cui poggia la decisione impugnata.

Occorre invero muovere dalla considerazione di due dati incontrovertibili:

1) l'avviso indicativo di gara, nel descrivere il contenuto essenziale delle proposte (*“ciascuna proposta dovrà contenere ...”*; la sottolineatura è stata aggiunta), faceva menzione, al punto 7, dell'*“indicazione degli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), L. 109/94, specificando gli elementi formanti i criteri di aggiudicazione della concessione, in ordine decrescente e con l'indicazione dei punteggi minimo e massimo attribuibili a ciascun parametro”* (la sottolineatura è stata aggiunta);

2) la proposta presentata dalla Mafra, per gli elementi “prezzo” e “rendimento”, recava in entrambi i casi la dizione *“Punti 0 (ZERO)”*; l'indicazione di tale punteggio era motivata, peraltro solo con riferimento al primo elemento, in ragione della mancata previsione di corrispettivi a carico dell'amministrazione.

Orbene, in disparte l'erroneità di questa motivazione, posto che l'avviso indicativo precisava, al terzo paragrafo della prima pagina, che il corrispettivo per la realizzazione degli interventi era connesso, oltre che alla gestione economica della struttura,

anche alla “*cessione in proprietà delle opere realizzate*” (del resto v. anche l’art. 7, comma 2, della bozza di convenzione predisposta dalla Mafra che obiettivamente contraddice, sul punto, il contenuto della proposta dalla stessa presentata), è del tutto evidente la formale incompletezza e, quindi, l’inammissibilità della proposta formulata dalla società appellante giacché carente dei contenuti imposti dalla normativa di gara.

Non appare poi seriamente contestabile, per le ragioni spiegate dal T.a.r. e alle quali si rimanda, che l’individuazione e la ponderazione degli elementi “prezzo” e “rendimento” fosse assolutamente indispensabile, basandosi su di essa la valutazione della convenienza economica dell’intervento di finanza di progetto (sotto i distinti profili del giudizio prognostico dell’equilibrio economico-finanziario della iniziativa e del flusso di cassa da essa generabile).

D’altronde, sul punto, la Sezione ha già avuto occasione di soffermarsi, specialmente nella decisione n. 1802 del 19 aprile 2005, alle cui motivazioni può rinviarsi.

9. – Non scalfiscono tale impianto le contrarie deduzioni svolte dalla Mafra. Appare difatti del tutto infondato, e smentito da quanto sopra riferito *sub* §. 8 n. 1), l’argomento secondo cui l’avviso avrebbe unicamente prescritto l’indicazione degli elementi e non anche la specificazione dei relativi punteggi.

Non va incontro a miglior sorte l’affermazione che anche lo

zero esprime un valore: l'allegazione non è conferente ai fini del decidere.

Si conviene ovviamente sulla qualificazione numerica dello zero, ma la considerazione nemmeno sfiora l'oggetto del contendere.

Il punto nodale della controversia è che la Mafra avrebbe dovuto spiegare (ma non lo ha fatto) come l'indicazione di un valore nullo, sia per il prezzo sia per il rendimento, potesse costituire un'utile griglia valutativa per la selezione di offerte, tutte incentrate sulla convenienza economica delle iniziative proposte.

Su questo aspetto, assolutamente centrale nell'istituto del *project financing*, la censura in disamina non si sofferma e quindi va respinta, avendo il T.a.r. ragionevolmente equiparato l'indicazione del valore zero alla mancata ponderazione.

Nemmeno ha pregio la tesi dell'irrilevanza, ai fini dell'ammissibilità di una proposta, dell'indicazione del valore attribuito all'elemento prezzo (o al rendimento). In disparte quanto già esposto in ordine al carattere essenziale dei punteggi omessi dalla Mafra, la doglianza si rivela comunque patentemente infondata, stante il tenore letterale dell'avviso (del quale si è dato conto).

Non sussiste poi l'errore nel quale sarebbe asseritamente incorso il primo Giudice, errore consistito nella confusione tra i requisiti delle proposte degli aspiranti promotori e quelli delle

offerte dei competitori del promotore prescelto: al riguardo è sufficiente ribadire che la proposta della Mafra non ha rispettato il citato punto 7 del bando, previsione che si riferisce esclusivamente alla selezione del promotore.

Anche tale deduzione è quindi da respingere.

E' infine infondato il motivo con il quale la società appellante sostiene che il T.a.r. non si sarebbe dovuto fermare al profilo formale della mancata indicazione dei punteggi, ma avrebbe dovuto esaminare il PEF (piano economico e finanziario), prodotto in sede amministrativa, onde trarre da esso le informazioni non riportate nella proposta.

Dimentica la Mafra che il formalismo delle procedure selettive è un essenziale presidio della parità di trattamento tra i concorrenti, di guisa che l'inosservanza di regole, non irragionevolmente imposte dalla normativa di gara, non è superabile con argomenti, di tipo "sostanzialistico", incentrati sulla valorizzazione di una pretesa eterointegrabilità di distinti documenti di gara.

10. - Il rilievo assorbente e determinante di quanto sopra considerato esonera il Collegio dall'esame dell'ulteriore censura relativa al preteso difetto di motivazione della sentenza impugnata, nel punto in cui il T.a.r. ha accennato alle incongruenze del PEF presentato dalla Mafra.

11. – Avendo il T.a.r. correttamente accolto il ricorso incidentale della Impromed, non vi è spazio per un esame dei motivi del

ricorso principale riproposto in appello. Non si attagliano infatti alla fattispecie i principi recentemente enunciati dall'Adunanza plenaria (n. 11 del 2008), dal momento che, a prescindere dalla non piena equiparabilità della fase di selezione del promotore (secondo la previgente disciplina dell'istituto) ad una procedura di gara, è in ogni caso dirimente osservare che le proposte pervenute al Comune di Recale erano più di due (v. il verbale di gara del 14 luglio 2006) e, dunque, non può sussistere un residuale interesse strumentale della Mafra all'accoglimento delle doglianze contenute nel ricorso principale: l'eventuale fondatezza delle stesse non condurrebbe infatti ad una rinnovazione della procedura.

12. – La sentenza si rivela dunque immune dai vizi denunciati e merita integrale conferma.

13. – Il regolamento delle spese processuali del secondo grado del giudizio, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore della controparte costituita, delle spese processuali del secondo grado del giudizio, liquidate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00).

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 3 febbraio 2009, con l'intervento dei magistrati:

Domenico La Medica	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere estensore
Eugenio Mele	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Gabriele Carlotti	f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2009

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi