

N. 04084/2010 REG.DEC.

N. 08220/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8220 del 2009, proposto da Coseam s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Marzullo e Corrado Orienti, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II°, n.18;

contro

C.p.l. Concordia Soc.Coop. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Massa e Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n.104;

nei confronti di

Organismo di Bacino n. 31 in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Piero Franceschi, con domicilio eletto nello studio dello stesso in Roma, via Nomentana, n.316;

Comune di Siliqua, Comune di Decimoputzu, Comune di Musei, Comune di Vallermosa, Comune di Villamassargia, Comune di Villassor, n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI SEZIONE I
n. 01269/2009;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di C.p.I. Concordia Soc.Coop.
e di Organismo di Bacino n. 31;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2010 il Cons.
Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Orienti, Massa e
Franceschi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società cooperativa Conseam, odierna appellante ed appellata incidentale, quale mandante del costituendo raggruppamento temporaneo con la capogruppo AIMAG e la mandante ASC aveva partecipato alla procedura per l'individuazione del soggetto promotore di una proposta di *project financing*, indetta ai sensi dell'art. 153 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)

dall'Organismo di Bacino n. 31 costituito per lo sviluppo della rete di distribuzione del metano in Sardegna, ai sensi della delibera di Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005.

Oggetto dell'intervento era la realizzazione della rete e degli impianti per la distribuzione del gas metano-compatibile dei centri abitati e degli insediamenti extraurbani a destinazione produttiva e commerciale dei comuni del Bacino n. 31. Partecipavano alla procedura anche la società Fiamma 2000 s.p.a. e la società Concordia.

Al termine delle operazioni di esame e valutazione delle proposte presentate, la graduatoria finale stilata dalla Commissione valutatrice collocava al primo posto la proposta della a.t.i. Aimag (con punti 60,70), al secondo la proposta della Fiamma 2000 (punti 47,88), al terzo la proposta a.t.i. CPL Concordia (punti 34,17)

Con deliberazione n. 5 del 26 giugno 2008, l'assemblea dei Sindaci dell'Organismo di Bacino n. 31 individuava la proposta di *project financing* dell'a.t.i. Aimag come di pubblico interesse ai sensi dell'art. 154 del d.lgs 163/2006 e nominava il predetto raggruppamento temporaneo quale promotore.

La CPL Concordia impugnava innanzi al TAR Sardegna, il provvedimento di individuazione del promotore finanziario, domandandone l'annullamento.

I vizi dedotti da CPL Concordia riguardavano la pretesa illegittima partecipazione al procedimento di Aimag s.p.a e di Amisc s.p.a. per violazione dei divieti di partecipazione al procedimento delle società pubbliche miste previsti dagli artt. 13 del d.l. n.223 del 2006 e 14 del d.lgs. n.164 del 2000 e di Fiamma 2000 per carenza, in capo al

procuratore speciale della società, del potere di presentare la proposta nonché per mancanza dei requisiti del promotore e di una valida dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art.38 del codice dei contratti pubblici.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti datato 10 ottobre 2008 CPL Concordia, pur non avendo partecipato alla gara indetta dall'Organismo di Bacino n.31, impugnava il bando di gara ed il provvedimento deliberativo con cui l'Organismo di Bacino n.31 approvava il progetto preliminare di a.t.i. Aimag posto a base della gara deducendone la illegittimità derivata per i vizi contestati nel ricorso originario.

Il TAR con la ordinanza n.448 del 12 novembre 2008 accoglieva la istanza cautelare proposta da CPL Concordia.

Sulla base della suddetta ordinanza cautelare l'amministrazione, al fine di mantenere il finanziamento pubblico per la realizzazione dell'intervento che, in mancanza della definizione del procedimento entro il termine del 31 dicembre 2008 sarebbe stato revocato dalla Regione Sardegna, escludeva le società Aimag e Amsc in autotutela, al fine di sanare i vizi denunciati dal TAR con la ordinanza di sospensiva provvedendo alla conferma in capo alla sola Conseam della dichiarazione di pubblico interesse della proposta di finanza di progetto e della nomina a promotore.

L'amministrazione successivamente espletava le operazioni di gara ex art. 155 del codice appalti necessarie per la definizione del procedimento ed assumeva entro il termine del 31 dicembre 2008 le determinazioni conclusive idonee ad evitare la revoca del finanziamento regionale.

Alla gara ex art.155 partecipava la società Fiamma che veniva esclusa per carenza dei requisiti economici finanziari e tecnico organizzativi richiesti dal bando: il procedimento di *financing project* si concludeva con la aggiudicazione provvisoria della concessione di costruzione e gestione delle opere pubbliche a favore del promotore Conseam in data 16 dicembre 2008.

Per l'annullamento delle determinazioni assunte dall'Organismo di Bacino in via di autotutela CPL Concordia proponeva il secondo ricorso per motivi aggiunti datato 27 gennaio 2009 deducendo vari profili di illegittimità.

Nel giudizio proposto da CPL, le controinteressate Aimag, Amsg e Conseam hanno proposto in data 22 ottobre 2008 ricorso incidentale per contestare gli atti del procedimento di selezione del promotore nella parte in cui non disponevano la esclusione di a.t.i. CPL che a loro dire aveva inoltrato all'Organismo di Bacino una proposta incompleta, non conforme all'avviso pubblico e priva della fattibilità economico finanziaria affinché venisse accertata prioritariamente la carenza di interesse concreto ed attuale della ricorrente principale.

Nel corso del giudizio di primo grado la società Fiamma 2000, che aveva presentato la proposta classificatasi al secondo posto della graduatoria del gruppo di valutazione, dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse a coltivare le ragioni della controversia.

2. Con la sentenza appellata il TAR ha ritenuto di dovere esaminare le censure dedotte da CPL Concordia nei confronti della società Fiamma 2000 in quanto l'accoglimento di almeno una di esse avrebbe costituito il presupposto per la legittimazione di CPL al

ricorso di primo grado. Riteneva quindi fondato il vizio censurato da CPL con riferimento alla violazione dell'art.38 del codice dei contratti, riconoscendo conseguentemente la sussistenza di un interesse legittimante in capo alla terza classificata per effetto della esclusione della società Fiamma.

Il TAR accoglieva quindi il ricorso ed i motivi aggiunti del 21 ottobre 2008 presentati da CPL Concordia annullando gli atti impugnati, rigettava il ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della CPL Concordia previa dichiarazione di improcedibilità delle posizioni di Aimag e Amsc, compensando le spese.

In particolare il TAR accoglieva solo la terza censura presentata con i motivi aggiunti del 22 ottobre 2008 con cui il CPL aveva sostenuto il mancato possesso da parte di Conseam di determinati requisiti indicati negli artt. 98 e 99 del d.p.r. n.554 del 1999.

Rilevava infatti il TAR che la dissoluzione del costituendo raggruppamento temporaneo e la permanenza, quale soggetto partecipante alla procedura della sola Coseam, avrebbe dovuto comportare l'autonoma verifica, nei confronti di quest'ultima, della sussistenza dei requisiti prescritti e che sarebbe stato necessario da parte della commissione di valutazione procedere ad acquisire la documentazione concernente la sola Conseam.

Sarebbe stato omesso, in conclusione, l'accertamento della condizione cui è subordinata la possibilità di evitare l'applicazione del divieto scolpito nell'art. 37, comma 9, del codice dei contratti.

Da qui l'illegittimità dell'ammissione della Conseam e dei provvedimenti con i quali era stato nominato il promotore.

3. Nell'atto di appello la Conseam assume, con il primo e secondo motivo, che le motivazioni su cui si fonda la decisione del TAR nell'accogliere il terzo motivo di gravame proposto da CPL Concordia, di cui ai motivi aggiunti depositati il 4 febbraio 2009 (punto 7 e 7.1. della sentenza), sarebbero erranee:

-non corrispondendo alle risultanze dei verbali e dei documenti prodotti in giudizio di primo grado che non sarebbero stati presi in considerazione dal primo giudice (primo motivo);

- perché il TAR si sarebbe pronunciato al di fuori della censura inizialmente sollevata da CPL Concordia incorrendo in un vizio di ultrapetizione (secondo motivo).

Con il terzo motivo inoltre la Conseam riproduce in appello il ricorso incidentale respinto dal TAR diretto a contestare la stessa proposta di CPL per assenza del calcolo ai sensi di legge delle tariffe da applicarsi alla utenza e del loro aggiornamento annuo, carenza di garanzie sulla realizzazione dell'intervento, omissione della presentazione del piano economico finanziario correttamente asseverato e fattibile in quanto i ricavi indicati non erano calcolati a norma di legge e non erano fondati su dati oggettivi, non erano previsti e calcolati i costi dei serbatoi di gpl, i costi di allacciamento dell'utenza, mancava la stima del costo di realizzazione e dei modi di finanziamento del cavidotto multiservizio, il calcolo degli ammortamenti fiscali e tecnici era basato su dati superati dalla nuova regola AEEG .

Con il quarto motivo la appellante denuncia ulteriori vizi della sentenza impugnata "inerenti l'accertamento della sussistenza di interesse all'azione e dell'ammissibilità del ricorso".

Conclude la Conseam chiedendo una pronunzia di inammissibilità del ricorso introduttivo e dei successivi motivi aggiunti proposti da CPL quale effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado e comunque chiedendo nel merito di respingere il ricorso introduttivo ed i successivi motivi aggiunti.

3.1. Ha presentato appello incidentale la società Concordia assumendo che l'appello di Conseam sarebbe inammissibile non investendo un capo della sentenza autonomamente idoneo a sostenere la decisione avendo l'appellante principale censurato solo il capo della sentenza che ha negato il possesso dei requisiti del promotore di cui all'art.99 del d.p.r 554/1999, ma non il distinto capo relativo al mancato possesso dei requisiti del concessionario ex art.98, comma 1, lettere c) e d) del medesimo d.p.r. e comunque quello della mancata dimostrazione in gara dei medesimi requisiti.

Sostiene poi CPL che poiché a due dei componenti facenti capo all'a.t.i. Aimag era preclusa la partecipazione alla gara è l'intera a.t.i. a dovere essere esclusa senza possibilità di correzioni o sanatorie che consentano ad altre componenti di proseguire nella procedura come illegittimamente disposto dall'Organismo di Bacino .

Che era inammissibile sin dall'origine tutta la proposta facente capo ad Aimag.

Con il secondo motivo di appello incidentale la CPL Concordia assume la violazione dell'ordine del TAR contenuto nella ordinanza cautelare n.448 del 2008.

Con il terzo motivo si ripropone la terza censura relativa all'eccesso di potere per carenza di motivazione.

3.2. Si è costituito l'Organismo di Bacino 31 sostenendo la decadenza dall'appello incidentale di CPL Concordia che, per gravare in secondo grado la decisione del TAR, avrebbe dovuto proporre tempestivamente appello principale nei termini prescritti in quanto il primo giudice non avrebbe soddisfatto l'interesse sostanziale della CPL ma si sarebbe limitato a censurare un profilo di carattere procedurale senza affermare la carenza in capo a Conseam dei requisiti richiesti.

Conclude l'Organismo di Bacino chiedendo una pronunzia di inammissibilità e comunque di rigetto dell'appello incidentale di CPL Concordia così come richiesto nell'appello principale da Conseam.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

Dopo la discussione orale la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 23.3.2010.

4. In ordine logico la Sezione ritiene di esaminare il terzo motivo dell'appello principale della società Conseam, con il quale è stato riproposto il ricorso incidentale presentato in primo grado diretto a censurare la stessa ammissione della società CPL Concordia alla procedura.

I motivi riprodotti sono sostanzialmente i seguenti:

- la proposta di CPL non conterrebbe il calcolo delle tariffe secondo le deliberazioni dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG), con ciò determinando anche l'inattendibilità del piano economico-finanziario;

- la proposta dell'A.T.I. CPL sarebbe in contrasto con l'art. 6, punto C4, dell'avviso pubblico, perché non prevederebbe alcuna garanzia in merito all'intervento;
- il piano economico-finanziario proposto dall'A.T.I. CPL sarebbe inattendibile in diversi elementi essenziali: in ordine al costo di allacciamento a carico dell'utente finale, per la contraddittorietà tra quanto indicato nel P.E.F. (euro 100 per cliente) e quanto previsto nella bozza di convenzione (euro 450); i ricavi di distribuzione non sarebbero stati calcolati ai sensi di legge; mancherebbero le voci di costo relative ai serbatoi di gpl, al cavidotto multi servizi, alle opere per gli allacciamenti, al calcolo degli ammortamenti fiscali e tecnici.

4.1. Il TAR Sardegna ha ritenuto che il ricorso incidentale presentato doveva essere dichiarato improcedibile per quanto concerneva le posizioni di AIMAG e AMSC per sopravvenuto difetto di ogni loro interesse e che permaneva l'interesse solo per la società Conseam.

Nel merito il TAR rigettava il ricorso incidentale con riferimento alla posizione della Conseam rilevando che gli elementi segnalati dalla ricorrente incidentale attecchivano ai criteri di valutazione delle proposte di finanza di progetto elencati al punto 6 dell'avviso pubblico ai fini della individuazione della proposta di pubblico interesse per l'amministrazione procedente. Pertanto, anche se si fossero ritenuti tali elementi insoddisfacenti, cio' rilevava esclusivamente sul piano della attribuzione dei punteggi ma non integrava una causa di esclusione della proposta.

5. Ritiene la Sezione che le argomentazioni del TAR non siano condivisibili e che il ricorso incidentale della Conseam presentato in primo grado e riproposto in appello vada accolto.

Questo Consiglio di Stato ha sottolineato in materia di *project financing* che è legittima la esclusione del progetto presentato da una società promotrice sulla base della valutazione negativa anche di uno solo dei parametri indicati (Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2008 n.2355).

Ed infatti una valutazione comparativa delle varie proposte, con applicazione di principi che reggono le procedure concorsuali nel caso che si presentino più proposte, non esclude che l'amministrazione debba valutare ogni singola proposta ed eventualmente scartarla se essa, singolarmente considerata, non sia rispondente ai parametri di valutazione indicati dal bando essendo compito dell'amministrazione di valutare se il progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori possa avere attuazione (Cons. Stato, Sez. V, 10.11.2005 n. 6287).

5.1. Su tali premesse la Sezione ritiene di concentrare l'esame su alcuni punti tra quelli indicati da Conseam, idonei tuttavia a giustificare la necessità di esclusione dalla procedura della odierna appellata ed appellante incidentale in particolare per carenze, incongruità ed inidoneità del piano economico finanziario.

Va premesso che nella procedura di *project financing* la commissione di gara deve accertare la coerenza e sostenibilità economica dell'offerta procedendo all'esame del piano economico finanziario sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in

rapporto ai costi di produzione e gestione (Cons. Stato, Sez. V, 11.7.2002 n.391; V, 17.11.2006 n.6727).

Il piano economico finanziario infatti rappresenta il nucleo centrale degli interventi di *project financing* e della sostenibilità della proposta di iniziativa privata di intervento nella realizzazione e gestione di infrastrutture di rete.

5.2. Ha censurato la Conseam, tra l'altro, che la proposta di CPL non rispetta le prescrizioni dettate dall'art. 6 punto B, sub B 3 dell'avviso pubblico relativo al calcolo delle tariffe.

Tale calcolo infatti non sarebbe stato sviluppato dall'a.t.i. CPL secondo le prescrizioni dell'AEEG con l'effetto che non sarebbero stati proposti ricavi attendibili ed in definitiva non sarebbe stato proposto un piano economico finanziario congruo e sostenibile.

5.3. La censura è fondata.

La CPL non ha effettuato il calcolo del v.r.d. (vincolo ricavi di distribuzione, fissato dall'AEEG con deliberazione n.170 del 2004) sulla base dei dati di analisi vigenti, né il calcolo dell'aggiornamento annuo delle stesse tariffe avendo indicato ricavi sulla base di congetture ipotetiche, non sottoposte ad analisi di mercato, legate a risultati gestionali che era possibile solo ipotizzare in astratto ma che divergono dai valori reali calcolati in base al v.r.d. esistente, in assenza di alcun elemento di riferibilità alla regola AEEG e privo di idonei criteri di aggiornamento.

Lo stesso CIPE, soggetto erogatore dei contributi pubblici espressamente indicati nell'avviso pubblico, ha adottato uno schema tipo di piano economico finanziario che contiene le linee guida per la realizzazione e gestione di interventi di pubblica utilità: nel

documento è espressamente prescritta la necessità di prevedere le corrette modalità di aggiornamento della tariffa all'utenza.

Come rilevato dalla appellante Conseam, la carenza del calcolo tariffario mina alla base la stessa attendibilità del piano economico finanziario in quanto rende aleatorio il calcolo dei ricavi di gestione e costituisce violazione delle prescrizioni dettate dall'avviso pubblico per la ammissibilità delle proposte.

Non si tratta, come erroneamente ritenuto dal TAR di valutare con un punteggio in ipotesi deteriore tale voce, ma la carenza del piano incide sulla stessa ammissibilità della proposta, ed infatti il procedimento seguito dalla appellata per la fissazione dei ricavi non consentiva alla commissione di verificare l'attendibilità della proposta.

Illegittimamente quindi la Commissione ha ritenuto di potere sottoporre a valutazione comparativa la proposta CPL che doveva essere esclusa in applicazione dell'art.13 del medesimo avviso pubblico conformemente peraltro a quanto disposto dalla stessa Commissione per altra concorrente.

Si aggiunga poi che la proposta della CPL ha violato l'art.6, sub C4 che prevede la indicazione da parte dei proponenti delle "garanzie sulla realizzazione dell'intervento". La proposta si è limitata a dare garanzie nel periodo di espletamento del servizio, ma non ha previsto alcuna garanzia con riferimento al periodo necessario per la realizzazione delle opere, circostanza questa accertata dalla stessa Commissione di valutazione che ha attestato che la proposta prevedeva solo la polizza RCT in fase di gestione.

Inoltre dalla documentazione presentata dall'ati CPL si evince che la asseverazione del p.e.f. ex art. 4 dell'avviso, è stata effettuata sulla base del solo piano economico finanziario senza alcuna comparazione con gli altri documenti progettuali che non sono stati messi a disposizione dell'istituto asseveratore (si veda al riguardo l'atto dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori pubblici n.14 del 5 luglio 2001).

Con l'effetto che l'istituto asseveratore, che pure era chiamato ad effettuare valutazioni penetranti sugli elementi economici del progetto (costi e ricavi) e finanziari (fonti di finanziamento) al fine di verificare i flussi di cassa generati dal medesimo, non ha avuto a propria disposizione la documentazione necessaria né ha potuto rilevare la incongruità esistente tra lo stesso p.e.f. e la bozza di convenzione che regola i rapporti tra concedente e concessionario con riferimento, tra l'altro, all'entità dei contributi di allaccio, indicati nel p.e.f. nella somma di euro 100 per utente e nella bozza di convenzione, nella differente somma di euro 450 per utente.

In sostanza la CPL, per le forti criticità proprio in ordine alla fattibilità e sostenibilità economica della iniziativa, non poteva essere ammessa alla fase di valutazione comparativa con le proposte formulate da a.t.i. Aimag e Fiamma 2000 avendo presentato una proposta in violazione di vincolanti prescrizioni dell'avviso pubblico nonché di disposizioni poste nel codice dei contratti (artt. 153, 154 e 155) con l'effetto che non ha alcun interesse a coltivare le censure formulate nei confronti della valutazione della proposta facente capo a Conseam.

6. In conclusione l'appello principale deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso incidentale di primo grado, dichiarato inammissibile il ricorso principale di primo grado, dichiarato improcedibile l'appello incidentale della CPL Concordia.

7. Spese ed onorari dei due gradi, per la complessità e l'andamento della vicenda contenziosa, possono tuttavia essere compensati

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, definitivamente decidendo, accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale di primo grado e dichiara inammissibile il ricorso principale di primo grado. Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione