



REPUBBLICA ITALIANA

N. 1088/07 Reg.Dec.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1135 Reg.Ric.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ANNO 2006

in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1135/2006 proposto da

COSTRUZIONI DONDI s.p.a.,

in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Beatrice Miceli, con domicilio eletto in Palermo, via Nunzio Morello n. 40 , presso lo studio della medesima;

c o n t r o

- la GIOVANNI PUTIGNANO E FIGLI s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Ippolito, Alessandro Carruba e Donatella Fausta Giunta, con domicilio eletto in Palermo, via Noto n. 12, presso lo studio dell'avv. Gaetano Armao;

- la S.I.G.E.A. PROGETTI di SPANÒ TINDARO & C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Arturo Merlo, con domicilio eletto in Palermo, viale Regina Margherita n. 2, presso lo studio dell'avv. Carmelo Belponer;

e nei confronti

del COMUNE DI MESSINA, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza n.463, in data 24 marzo 2006, del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, IV;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Giovanni Putignano e Figli s.r.l. e, con appello incidentale condizionato, della S.I.GE.A. Progetti di Spanò Tindaro & C.;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Consigliere Pier Giorgio Trovato; uditi, alla pubblica udienza del 31 gennaio 2007, l'avv. M. B. Miceli per la società appellante, l'avv. P. De Luca, su delega dell'avv. G. Ippolito, per la Giovanni Putignano e Figli s.r.l. e l'avv. A. Merlo per la S.I.GE.A. Progetti di Spanò Tindaro & C.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con deliberazione di C.C. n. 26/C del 30.5.2002 il Comune di Messina approvava il Programma triennale delle Opere Pubbliche 2002-2004, includendo, tra l'altro, le seguenti opere relative al sistema di depurazione delle acque reflue della città di Messina: n. 87) completamento rete fognante riviera Nord - sistema Tono depuratore - livello progettazione di massima - finanziamento mutuo CC.DD.PP. € 21.691.000; n. 88) completamento rete fognante riviera nord sistema Tono - Adduzione - livello di progettazione esecutiva - finanziamento CEE + mutuo CC.DD.PP. €15.648.000.

Con il medesimo atto deliberativo il Comune manifestava altresì la disponibilità a valutare eventuali programmi presentati da privati

per alcune delle opere pubbliche inserite nel piano triennale tra le quali, specificamente, il completamento della rete fognante riviera nord - depuratore e reti di adduzione.

Ai fini dell'affidamento in concessione della costruzione e gestione dell'opera suddetta, ai sensi degli artt. 37 bis ss. della L. n. 109/94, erano pervenute all'Amministrazione tre proposte di *project financing*, rispettivamente

- dai promotori Idropolis, facente capo alla SIGEA (il 28 giugno 2002);
- dalla Costruzioni Dondi s.p.a. (il 1° luglio 2002);
- dalla Giovanni Putignano e figli s.r.l. (il 1° luglio 2002).

Con nota n. 5856 del 4 ottobre 2002 il Responsabile Unico del Procedimento - RUP chiedeva al Sindaco la nomina di esperti per supportarlo nell'istruttoria del procedimento.

Il Sindaco, con determinazione sindacale n. 180 del 31 ottobre 2002, individuava tre consulenti esterni (avv. Francesco Marullo, esperto legale, prof. Goffredo La Loggia, esperto di ingegneria impiantistica e ing. Gaetano Visalli, esperto del settore economico finanziario), con il compito di coadiuvare il RUP nella valutazione delle proposte pervenute.

Il prof. La Loggia e l'ing. Visalli producevano la propria relazione rispettivamente il 18 novembre 2003 e il 5 dicembre 2003.

Il 12 dicembre 2002 il dirigente responsabile provvedeva intanto all'apertura dei plichi sigillati ed alla verifica della corrispondente documentazione.

In esito a tale verifica veniva riscontrato che la documentazione sia della Idropolis che della Costruzioni Dondi s.p.a. risultava priva della necessaria asseverazione del piano economico finanziario da parte di un istituto di credito, mentre quella prodotta dalla Giovanni Putignano e figli s.r.l risultava completa e conforme alle disposizioni di legge.

Successivamente, con nota prot. 925 del 20 febbraio 2003, era comunicato all'impresa Putignano l'avvio del procedimento di valutazione delle offerte.

Con note prot. 926 e 927, sempre del 20 febbraio 2003, era data comunicazione dell'avvio del procedimento, rispettivamente, alla Idropolis e alla Dondi, richiedendosi nel contempo la trasmissione delle asseverazioni dei piani economico-finanziari, che la Idropolis inviava il 14 marzo 2003 e la Dondi il 17 marzo 2003.

Con la determinazione n. 390 del 10 dicembre 2003 il Dirigente della Direzione Dipartimentale n. 12, a seguito di una prima sommaria valutazione della fattibilità delle proposte, dichiarava le proposte della Idropolis e della Putignano non fattibili, mentre il progetto della Costruzioni Dondi era ritenuto fattibile con modifiche.

La citata determinazione dirigenziale era impugnata sia dal promotore Idropolis (S.I.GE.A.), con ricorso n. 1309/2004, sia dalla Putignano & Figli s.r.l., con ricorso n. 1528/04.

Nel giudizio instaurato con quest'ultimo ricorso si costituiva il 10 marzo 2004, la controinteressata Dondi.

Con ordinanza n. 1103 del 6 luglio 2004 il Tribunale ammini-

strativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania accoglieva l'istanza cautelare avanzata dalla SIGEA, per poi rigettare nel merito il ricorso, con sentenza n. 468 del 22 marzo 2005. Tale sentenza era oggetto di appello al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ricorso n. 895/05, e la causa era chiamata alla pubblica udienza del 2 febbraio 2006 per la discussione del merito, ma era cancellata dal ruolo.

Nel frattempo, a seguito della citata ordinanza cautelare, il RUP riteneva opportuno procedere, con determinazione n. 380 del 29 novembre 2004, "al mero ritiro" della determinazione n. 390 del 10 dicembre 2003, ed avviava quindi un nuovo procedimento per la valutazione delle proposte.

Con nota n. 116197 del 30 novembre 2004, era convocata la SIGEA, per un contraddittorio in merito ad una serie di rilievi mossi in fase di istruttoria, tra i quali, oltre ad alcuni di ordine tecnico, quelli per cui

- l'opera non risultava conforme a quella inserita dall'Amministrazione comunale nel programma triennale delle OO.PP. 2002-2004, approvato con deliberazione di C.C. n. 26/C del 30.05.2002, avente ad oggetto "Completamento rete fognante Riviera Nord - Depuratore e reti di adduzione";
- l'opera non risultava conforme alle previsioni del P.A.R.F. del Comune di Messina approvato con D.A. n. 1801 del 12.12.1989;
- la convenienza economica e gestionale della proposta si

riduceva ad una mera dichiarazione d'intenti non essendosi riscontrato nella proposta alcuno studio di fattibilità;

- il Piano Economico Finanziario presentava diversi aspetti poco chiari.

Con nota n. 8284 del 27 dicembre 2004, era convocata anche la Putignano, *“per un contraddittorio in merito ai seguenti rilievi mossi in fase di istruttoria ...: La proposta è in contrasto con l'art. 19 della l. n. 109/94, così come vigente alla data di presentazione delle proposte, poiché il piano economico finanziario prevede un contributo pubblico superiore a quello massimo previsto del 50%”*.

Con relazione conclusiva del 28 aprile 2005 il RUP definiva l'istruttoria, dichiarando la proposta della Putignano “non corrispondente al pubblico interesse”, quella Idropolis “non fattibile e non corrispondente al pubblico interesse” e quella della Dondi “fattibile, priva di elementi ostativi alla sua realizzazione e dotata dei requisiti per essere dichiarata di pubblico interesse”.

La citata relazione confluiva nella proposta di deliberazione n. 385 del 28 aprile 2005, che a sua volta era fatta propria dal Commissario straordinario del Comune, con deliberazione n. 440 del 13 maggio 2005.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 5 luglio 2005, e depositato il successivo 13 luglio, la Putignano impugnava anche tale seconda deliberazione.

Con ricorso n. 2382/05, notificato il 15 settembre 2005 e depositato il successivo 27 settembre, anche la SIGEA impugnava la

deliberazione del Commissario straordinario n. 440 del 13 maggio 2005, nella parte in cui dichiarava non fattibile e non rispondente al pubblico interesse la propria proposta di *project financing* della S.I.G.E.A.

2. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione IV, previa riunione:

1) dichiarava improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso n. 1528/04;

2) accoglieva, nei termini di cui in motivazione, il ricorso per motivi aggiunti al citato ricorso n. 1528/04, e per l'effetto annullava la deliberazione commissariale impugnata, nella parte in cui dichiarava la proposta dell'impresa Putignano "non corrispondente al pubblico interesse", e non escludeva quella dell'impresa Dondi;

3) accoglieva, nei termini di cui in motivazione, il ricorso n. 2382/05, nella parte in cui dichiarava la proposta dell'impresa Sigea "non fattibile e non corrispondente al pubblico interesse".

Condannava il Comune e l'impresa Dondi, in solido tra loro, al pagamento, nei confronti delle ricorrenti Putignano e Sigea, delle spese di giudizio, liquidate in € 6.000,00 per ciascuna delle due, oltre IVA e CPA come per legge.

3. La sentenza è stata appellata dalla Costruzione Dondi s.p.a..

Si sono costituite in giudizio la Giovanni Putignano e figli s.r.l. e la S.I.G.E.A.. Quest'ultima ha proposto anche appello incidentale condizionato.

4. Alla pubblica udienza del 31 gennaio 2007, gli appelli sono passati in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è parzialmente fondato.

Più esattamente risulta fondato anzitutto nella parte in cui si censura l'accoglimento dei motivi aggiunti al ricorso n. 1528/04 proposto avanti al TAR dalla Giovanni Putignano e figli s.r.l., laddove era diretto all'annullamento della deliberazione commissariale n. 440, in data 13 maggio 2005, impugnata nella parte in cui dichiara la proposta della impresa Putignano "non corrispondente al pubblico interesse".

Con la determinazione n. 390 del 10 dicembre 2003, impugnata con il ricorso principale e poi "ritirata", il RUP aveva dichiarato la proposta della ricorrente non fattibile, in relazione "*... all'art. 19 della L. n. 109/94, così come vigente alla data di presentazione delle proposte, poiché il piano economico-finanziario prevede che l'Amministrazione debba erogare un contributo pubblico di € 21.226.378,55 su un costo complessivo dell'opera di € 23.079.167, più € 2.420.833,00 di IVA. In tal modo il contributo pubblico ammonterebbe a ben il 91,97% della spesa imponibile equivalente all'83,24% dell'importo ivato; snaturando, a prescindere dalla violazione della suddetta norma che prevede un contributo pubblico massimo del 50% del costo complessivo, il carattere di investimento privato dell'opera, ribaltando il concetto di fondo e potendo considerare l'apporto privato quasi come un "contributo". In altri termini non si comprende per quale motivazione economico-finanziaria l'Amministrazione debba far ricorso al*

project financing se deve provvedere ad erogare la quasi totalità della spesa”.

Con la deliberazione commissariale, oggetto del ricorso per motivi aggiunti, la determinazione originaria risulta ribadita, anche a prescindere dal richiamo al limite del 50%, in quanto il RUP, nella relazione allegata alla deliberazione, rileva che *“il project financing è stato introdotto con la legge Merloni ter allo scopo di favorire la realizzazione di opere pubbliche che, senza l'apporto di capitali privati, l'ente pubblico non è in grado di sostenere. La caratteristica fondamentale dell'istituto consiste nel porre totalmente o parzialmente a carico dei soggetti promotori o aggiudicatari le risorse necessarie alla progettazione e all'esecuzione dei lavori e nel prevedere quale unica controprestazione il diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati. In altri termini il project financing costituisce una modalità di finanziamento da parte del privato, della realizzazione di opere pubbliche, la cui gestione possa assicurare un ritorno economico. Tuttavia, qualora nella gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, la normativa prevede la possibilità di erogare un prezzo in tutti i casi in cui l'Amministrazione lo ritenga necessario al fine di assicurare al concedente il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario”.*

In sostanza, nelle valutazioni del RUP ritorna come elemento determinante, anche a prescindere dal limite massimo del 50% (comunque ritenuto applicabile), quello della esiguità dell'apporto privato, che riduce se non elimina, il rischio d'impresa, snaturando il carat-

tere di investimento privato dell'opera e facendo decadere ogni interesse dell'Amministrazione per la proposta

Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la riportata motivazione è esente dai vizi, dedotti in primo grado.

In punto di diritto vengono in rilievo, con riferimento alla data di presentazione delle proposte:

- la L.R. n. 32/2000, che, nell'abrogare, con il comma 5 dell'art. 9, l'art. 42-ter della L.R. 21/85, aveva anche disposto, al comma 1 dello stesso art. 9, quanto segue *‘per l'attuazione della finanza di progetto si applicano gli articoli 37-bis, 37-ter, 37-quater, 37-quinquies, 37-sexies, 37-septies, 37-octies, 37-nonies della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni, nonché gli articoli 84, 85, 86, 87, 98 e 99 del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554’*.

- l'art. 37-bis della L. n. 109/94, relativo al *‘promotore’*, secondo cui *‘i soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati «promotori», possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'articolo 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi. Le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte*

per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre”;

- il comma 2, dell’art. 19, della L. 109/94 nel testo originario secondo cui il prezzo da riconoscere al concessionario non poteva *“superare il 50 per cento dell’importo totale delle opere.*

La proposta della Putignano prevedeva a carico della Amministrazione comunale un contributo pari all’83% *ivato* e doveva quindi essere esclusa.

La normativa sopravvenuta, oggetto del richiamo del TAR, se da un lato poteva regolare gli sviluppi procedurali sopravvenuti, non poteva alterare le condizioni esauritesi con la presentazione della proposta.

D’altra parte la eliminazione legislativa del limite del 50%, non comportava alcun obbligo per l’Amministrazione di ammettere una proposta che snaturava la nozione stessa di *project financing*, addossando alla Amministrazione un onere finanziario relevantissimo.

2. Condivisibile invece è la sentenza appellata nella parte in cui si dichiara inammissibile la proposta della controinteressata Dondi, che aveva presentato l’asseverazione di un istituto di credito solo a distanza di molti mesi dalla presentazione della proposta.

In proposito va richiamato l’art. 37-bis della L. n. 109/94, relativo al *“promotore”*, al comma 1 dispone anche che *“le proposte devono contenere ... un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito ..., l’indicazione ... delle garanzie offerte dal promotore all’amministrazione aggiudicatrice ...”*.

Come esattamente rilevato dal TAR, *risulta quindi che*

l'asseverazione avrebbe dovuto essere presentata unitamente alla proposta, perché né dalla disposizione citata, né da quelle del DPR 554/99, è possibile evincere la possibilità di presentarla in un momento diverso.

Nel piano economico finanziario il soggetto promotore deve esporre le previsioni dei costi dell'intervento e dei ricavi derivanti dalla gestione dell'opera; il relativo programma deve essere asseverato da un istituto di credito a garanzia della sua attendibilità, e la sua congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità.

Non è d'altra parte vincolante in questa sede l'opposto orientamento della Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (atto di regolazione n. 14, in data 5 luglio 2001 richiamato dalla appellante).

Infine la esclusione, per i motivi indicati al paragrafo precedente, della offerta presentata dalla Putignano non esclude l'interesse ad agire della medesima in vista di una rinnovazione integrale del procedimento, dal momento che anche la proposta della terza concorrente (S.I.GE.A.) è affetta dal medesimo vizio inficiante l'ammissione della Costruzione Dondi.

3. Le considerazioni svolte al punto 3 infatti impongono, nella rinnovazione procedimentale, anche la esclusione della S.I.GE.A., che del pari tardivamente aveva presentato l'asseverazione, con conseguente difetto di interesse (rilevabile d'ufficio) della medesima a proporre l'appello incidentale. In ogni caso la esclusione della S.I.GE.A. appare di per sè giustificata dal rilievo (ampiamente discrezionale)

della Amministrazione, secondo cui la relativa offerta prevedeva un intervento pubblico molto elevato (euro 21.180.000, 00).

In proposito a prescindere da ogni ulteriore approfondimento, anche istruttorio, sulla dettagliata analisi operata dal R.U.P., sotto tutti i profili rilevanti nella fattispecie, sembra decisivo il cennato aspetto economico e finanziario. Come rilevato dalla parte appellante è conforme all'ordinamento di settore privilegiare (anche attraverso un confronto tra le varie proposte) tale aspetto, ove si consideri che per sua natura il project financing è finalizzato ad indirizzare l'Amministrazione verso la scelta più rispondente al pubblico interesse con la limitazione dei relativi oneri finanziari.

4. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale:

- assorbita ogni ulteriore domanda ed eccezione - accoglie parzialmente, come da motivazione, l'appello principale della Costruzione Dondi s.p.a. e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata:

a) respinge il ricorso per motivi aggiunti al ricorso n. 1528/04 proposto avanti al TAR dalla Giovanni Putignano e figli s.r.l., laddove è diretto all'annullamento della deliberazione commissariale impugnata nella parte in cui dichiara la proposta della impresa Putignano "non corrispondente al pubblico interesse"; conferma l'accoglimento del predetto ricorso per motivi aggiunti laddove è diretto ad escludere

l'offerta della Costruzione Dondi s.p.a.;

b) respinge il ricorso n. 2382/05 avanti al TAR della S.I.GE.A., laddove è diretto all'annullamento della deliberazione commissariale impugnata nella parte in cui dichiara la proposta "non fattibile e non corrispondente al pubblico interesse".

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Palermo, nelle camere di consiglio del 31 gennaio 2007 e del 21 giugno 2007 dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, estensore, Ermanno de Francisco, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, Componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Pier Giorgio Trovato, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 5 dicembre 2007