

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione prima,

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 13831/04 reg. gen. proposto dalla Enel.Hydro s.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante p.t. 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., rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Ferola, con lo stesso elettivamente domiciliata in Napoli alla piazza della Repubblica n. 2,

c o n t r o

Presidente della Regione Campania p.t., nella qualita' di Commissario di Governo delegato ex ordinanze P.C.M. nn. 2425/96 e successive per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli, presso la stessa domiciliato,

e nei confronti di

- T.M.E. s.p.a. Termomeccanica Ecologia, in persona del legale rappresentante p.t. ing. Aldo Sammartano, in proprio e nella qualita' 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 Mario Sanino, Giovanni Cioffi, Giuseppe Abena-

voli e Alberto Bianchi, con gli stessi elettivamente domiciliata in Napoli alla piazza Rodino' n. 18 presso lo studio dell'avv. Cioffi,

- Hydrogest Campania s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
n. c.,

nonche' nei confronti di

- Regione Campania, in persona del Presidente p.t. della Giunta regionale, n. c.,

per l'annullamento

dell'ordinanza commissariale n. 148 del 9/11/2004 con la quale, a seguito della sentenza n. 9571/2004 del T.a.r. Campania, e' stato con-

fermato l'affidamento all'associazione temporanea tra le imprese

T.M.E., Coop. Costruttori e Giustino Costruzioni della concessione

per l'adeguamento e la realizzazione del sistema di collettori del PS3,

l'adeguamento degli impianti di depurazione di Acerra, Cuma, Foce

Regi Lagni, Marcianise, Napoli Nord, nonche' la realizzazione o

l'adeguamento degli impianti di trattamento dei fanghi; della nota

prot. n. 16639/CD/U del 29/10/2004; della relazione della commissione

nominata con ordinanza n. 128 del 9/7/2004, dei verbali e degli

allegati alla relazione; di ogni altro atto connesso ed in particolare della

corrispondenza eventualmente intercorsa sull'argomento tra

l'amministrazione, la commissione e la TME; di ogni altro atto con-

nesso ed in particolare del piano economico-finanziario rimodulato

presentato dalla TME, della relativa asseverazione e della convenzione

stipulata in data 16/12/2004; delle ordinanze commissariali nn. 128 e

131 del 2004 ove lesive;

♦ sui motivi aggiunti proposti dalla ricorrente anche
per l'annullamento

delle note della TME del 9/9/2004 e del 15/10/2004 con i rispettivi
allegati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della difesa erariale;

vista la memoria di costituzione in giudizio della TME;

visti i motivi aggiunti proposti dalla società ricorrente, con la produ-
zione allegata;

viste le memorie difensive ed i documenti prodotti dalle parti;

visti gli atti tutti di causa;

alla pubblica udienza del 4/5/2005, relatore il cons. Donadono, uditi
gli avvocati presenti di cui al verbale di udienza.

F A T T O

La controversia ha per oggetto la procedura di affidamento – mediante *project financing* ai sensi degli articoli 37-*bis* e ss. della legge 109 del 1994 - della concessione 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.

In particolare:

- con ordinanza n. 28 del 20/1/2001, il Commissario di Governo delegato per l'emergenza rifiuti, bonifiche e tutela delle acque

dall'inquinamento per la regione Campania, giusta ordinanze del Presidente del Consiglio dei ministri n. 2948 del 25/2/1999 e seguenti (proroghe e integrazioni), aveva approvato, d'intesa con il Ministero dell'ambiente, lo strumento di programmazione per la realizzazione delle opere e dei servizi da affidare in concessione di costruzione e gestione;

- con ordinanza n. 29 del 20/1/2001 veniva sollecitata la presentazione di proposte da parte di soggetti promotori e con ordinanza n. 74 del 25/2/2002 veniva prescelta la proposta del consorzio tra vari soggetti, poi confluiti nel Consorzio Acqua Blu;

- con ordinanza n. 211 del 31/5/2002 veniva indetta la gara ai sensi dell'articolo 37-*quater* della legge 109 del 1994 per la scelta dei concorrenti competitori da porre successivamente a confronto negoziato unitamente al promotore;

- con ordinanza n. 373 del 19/11/2002 la struttura commissariale prendeva atto dell'esito della licitazione privata che aveva selezionato, come offerte economicamente piu' vantaggiose rispetto alla proposta progettuale presentata dal promotore, quelle del raggruppamento E-nel.Hydro (d'ora innanzi "EH"), con punti 87,5/100, e del raggruppamento T.M.E. (d'ora innanzi "TME"), con punti 36,66/100;

- la commissione nominata con ordinanza n. 413 del 24/12/2002 per l'espletamento della procedura negoziata, all'esito dei propri lavori svolti dal 7/1 al 28/2/2003, assegnava alla TME, prima in graduatoria, punti 93,750/100, seguita da EH con punti 80,572/100 e dal Consorzio Acqua Blu con punti 70,053/100;

- su richiesta della struttura commissariale, con nota n. 6001 del 14/3/2003, la TME produceva con nota dell'1/4/2003 il piano economico finanziario (d'ora innanzi "PEF") scaturente dall'offerta finale, asseverata da un istituto di credito;
- con ordinanza n. 133 del 5/5/2003, si procedeva all'aggiudicazione provvisoria alla TME e, con ordinanza n. 160 del 7/6/2003, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva, seguita dalla stipula della convenzione, con atto n. rep. 194/2003 dell'11/7/2003;
- gli atti in questione venivano impugnati da diversi soggetti e con diversi ricorsi che, riuniti, venivano decisi con la sentenza di questa sezione n. 9571 del 17/6/2004 con la quale, in accoglimento dell'impugnativa proposta da EH, veniva annullata l'aggiudicazione in favore della TME per difetto di istruttoria e di motivazione in considerazione della mancanza di un adeguato apprezzamento e approfondimento, da parte dell'amministrazione concedente, sui contenuti del PEF proposto da TME per la verifica della coerenza e della sostenibilita' economica dell'offerta di ribasso giudicata vincitrice.

A seguito di cio' avveniva che:

- con nota del 18/6/2004, la EH rappresentava all'amministrazione i punti critici del PEF avversario, gia' dedotti in sede contenziosa, per denunciare l'incongruita' dell'offerta TME;
- con ordinanza n. 128 del 9/7/2004 e successiva di proroga n. 131 del 14/7/2004, il Commissario delegato nominava una commissione di esperti per l'esame del PEF presentato dalla TME a valle dell'offerta

finale nella fase della procedura negoziata, secondo le indicazioni dettate dal giudice amministrativo;

- la TME veniva ammessa ad interloquire con la commissione (cfr. note e dettagli esplicativi allegati alla lettera in data 9/9/2004), la quale, all'esito delle riunioni svoltesi dal 15/7 al 22/9/2004, approvava una relazione conclusiva esprimendo un giudizio complessivamente positivo sul PEF esaminato;
- nel frattempo la TME proponeva appello contro la sentenza del T.a.r., cui seguiva anche l'appello della EH;
- su sollecitazione del sub-Commissario ed a seguito di nuova interlocazione con la TME (cfr. nota esplicativa allegata alla lettera del 15/10/2004), il Commissario delegato confermava l'aggiudicazione con ordinanza n. 148 del 9/11/2004 e si perveniva in data 16/12/2004 alla stipula della convenzione, previa presentazione del PEF rimodulato (allegati alle note TME del 2 e 13/12/2004);
- nella concessione subentrava la Hydrogest Campania s.p.a., società di progetto all'uopo costituita.

In relazione a quanto precede la EH, con ricorso notificato il 22 e 23/12/2004, 4 e 5/1/2005, impugnava gli atti in epigrafe.

Con atto notificato il 5/1/2005, venivano proposti motivi aggiunti.

Con atto notificato il 17/3/2005, d'iniziativa della stessa ricorrente, veniva integrato il contraddittorio nei confronti della Regione Campania.

La TME ed il Commissariato di Governo si costituivano in giudizio resistendo all'impugnativa.

Con ordinanza n. 92 del 12/1/2005, veniva disposta la trattazione nel merito della causa ai sensi dell'art. 23-bis della legge n. 1034 del 1971.

DIRITTO

1. GLI ANTEFATTI DEL PRESENTE GIUDIZIO.

Come si e' detto, con la sentenza n. 9571 del 17/6/2004 resa tra le parti, in accoglimento di una pregressa impugnativa proposta dalla EH, veniva annullata l'originaria aggiudicazione in favore della TME, con caducazione della conseguente convenzione di concessione, nonche' con espressa salvezza del successivo riesercizio della funzione amministrativa a partire dalla conclusione dei lavori della commissione proposta alla procedura negoziata.

1.1. LA SENTENZA N. 9571/04 RESA TRA LE PARTI.

In particolare il giudice amministrativo ha statuito che:

- i parametri di valutazione delle offerte migliorative finali, come definiti dalla suddetta commissione nella lettera ai partecipanti del 17/2/2003, nonche' (per quanto attiene ai pesi ponderali) nel verbale della riunione del 24/2/2003, non comprendevano l'esame del piano economico-finanziario (d'ora innanzi PEF);
- la commissione giudicatrice, nel predetto verbale del 24 febbraio 2003, conclusa la fase della condivisione degli elaborati progettuali posti a base di gara e dopo l'attribuzione dei punteggi alle offerte migliorative, faceva espressa riserva di una "valutazione successiva, affidata all'amministrazione, sulla coerenza e sostenibilita' dei PEF riformulati dopo le offerte", riconoscendo espressamente la necessita',

nel quadro della complessa procedura di *project financing*, di una valutazione di merito sulla qualità del PEF;

- a fronte di ciò nessuna valutazione era effettuata nella pur ampia e analitica motivazione degli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva;

- il PEF sorregge l'offerta, costituendone la spiegazione e rendendo comprensibile il modo in cui l'offerente ritiene di poter conseguire i risultati migliorativi formalizzati con l'offerta finale nella fase negoziata, per cui esso costituisce il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento contenutistico dei ribassi offerti;

- l'equilibrio economico-finanziario del progetto rappresenta un elemento cruciale dell'intera operazione di *project financing*, per cui non sarebbe ammissibile la sottrazione del PEF a un serio esame da parte della stazione committente;

- tale valutazione non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria, che non sostituisce l'apprezzamento devoluto all'amministrazione, ma ne costituisce semmai un presupposto di par-tenza;

- né la commissione giudicatrice della fase negoziata, né il commissariato concedente avevano compiuto accertamenti della specie in ordine all'offerta aggiudicataria.

Come effetto conformativo della suddetta sentenza si è statuito che l'autorità procedente dovesse eseguire, tramite i propri uffici oppure

attraverso apposito organo straordinario ausiliario, una verifica di coerenza e di sostenibilita' del PEF aggiudicatario, tenendo nel debito conto, tra l'altro, i rilievi critici formulati in sede di giudizio dalla parte all'epoca ricorrente.

1.2. LE PREGRESSE CONTESTAZIONI DELLA RICORRENTE.

Tali rilievi critici riguardavano, in particolare, i seguenti aspetti:

- la TME avrebbe assunto di poter incassare sin dall'inizio della gestione il totale degli importi stimati nel progetto del promotore (157 milioni di mc/anno), imputando a entrate anche 24 milioni di mc/anno che, invece, fino alla realizzazione dei lavori sulle reti fognarie e sui collettori, avrebbero dovuto alimentare il fondo vincolato imposto a tale scopo dalla legge "Galli" (cfr. art. 14, co. 1, della legge n. 36 del 1994: fondo vincolato a disposizione dei soggetti gestori del servizio idrico integrato, la cui utilizzazione sarebbe vincolata all'attuazione del piano d'ambito);
- la TME avrebbe previsto gia' dal settimo anno di gestione il conseguimento di una crescita dei volumi idrici del 10,4%, superiore alla curva di incremento prevista nel progetto del promotore, condivisa nella precedente fase;
- la TME avrebbe previsto dopo soli 2 anni e mezzo il raggiungimento dei volumi civili fatturabili prospettati nel progetto del promotore a fine periodo di concessione;
- la TME avrebbe incrementato erroneamente i ricavi previsti conteggiando anche quelli relativi alle reti fognarie ricadenti nel territorio del comune di Napoli (circa 60 milioni di mc/anno), escluse dall'ambito

oggettivo della concessione perché riservate ad altra autorità' (sindaco di Napoli commissario delegato);

- la TME avrebbe considerato ricavi per l'intera durata della concessione (15 anni) senza tener conto dei tempi necessari per la presa in consegna degli impianti;

- la TME a conclusione della trattativa negoziata avrebbe previsto una durata dei lavori pari a 48 mesi, secondo l'originaria previsione del promotore, senza rispettare il miglioramento di 3 mesi offerto nella fase di licitazione privata e facendo inoltre decorrere il termine dall'inizio della gestione anziché dalla stipula della convenzione;

- la TME avrebbe sostanzialmente modificato l'andamento dei costi operativi rispetto al PEF della licitazione privata senza alcuna analisi esplicativa, specie con riferimento ai costi del personale;

- la TME avrebbe esposto nel conto economico flussi di ammortamento (euro 132 milioni) inferiori alla somma degli investimenti (140 milioni);

- la TME non avrebbe presentato tra i flussi di cassa alcuna indicazione sul rimborso del debito e delle commissioni bancarie;

- il valore attuale netto dell'intervento (consistente nella sommatoria degli importi attualizzati del valore terminale di trasferimento delle opere finanziate e del contributo pubblico) scaturente dall'offerta TME (stimato in €15.097.749) sarebbe di gran lunga inferiore a quello derivante dalle offerte EH e Acqua Blu (rispettivamente, € 29.256.367 ed €41.144.500).

1.3. GLI ATTI IMPUGNATI.

L'amministrazione, in esecuzione della sentenza e fatta salva l'impugnazione della medesima innanzi al Consiglio di Stato, nominava una commissione di esperti per la valutazione di coerenza e sostenibilità del PEF presentato dalla TME.

La commissione, previa acquisizione di documentazione esplicativa dei prospetti di sintesi del piano TME, concludeva i propri lavori con l'approvazione di una relazione 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".

A seguito di ciò il Commissariato di Governo, previa acquisizione di ulteriori e più dettagliati ragguagli in ordine ai costi fissi, rilevava tuttavia l'esigenza di "porre ... 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 sé è affetto da approssimazione".

Con ordinanza commissariale n. 148 del 9/11/2004, veniva aggiudicata nuovamente la concessione alla TME, disponendosi nel 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, dalla TME.

2. LE ECCEZIONI DELLE PARTI RESISTENTI.

Preliminarmente si eccepisce l'inammissibilit  del ricorso in quanto:

- la sentenza n. 9571/04 faceva espressamente salva la scelta della migliore offerta a seguito della procedura negoziata e tale determinazione non potrebbe essere pi  contestata, per cui nessun beneficio per la ricorrente EH potrebbe derivare dall'impugnativa in esame, che riguarda atti relativi unicamente al rapporto tra l'aggiudicatario ed il Commissario delegato;
- il bando non contemplerebbe una valutazione del PEF da parte dell'amministrazione concedente ed, in questa parte, la disciplina di gara non risulterebbe mai impugnata, ne' annullata;
- l'offerta di EH non sarebbe molto distante da quella di TME, per cui la dimostrazione della insostenibilit  di quest'ultima si ritorcerebbe anche contro la stessa ricorrente.

Le eccezioni sono infondate.

2.1. L'INTERESSE ALL'IMPUGNATIVA DELLA RICORRENTE.

La EH ha interesse al conseguimento di una valutazione negativa sulla coerenza e sostenibilit  del PEF presentato da TME, poich  cio' rimetterebbe in discussione l'affidamento della concessione al soggetto vincitore della procedura negoziata.

2.2. LA NECESSITA' DELLA VERIFICA DEL PEF.

La mancanza di una verifica in ordine alla congruit  e sostenibilit  del PEF prodotto da TME costituisce la ragione dell'annullamento in sede giurisdizionale della precedente aggiudicazione. L'esigenza di

procedere a tale valutazione viene espressamente indicata come effetto conformativo della citata pronuncia giudiziale resa tra le parti.

Questa statuizione non può essere rimessa qui in discussione: tale questione riguarda semmai il giudice di appello, al quale risulta già sottoposta con il gravame proposto da TME.

2.3. I RIFLESSI DELLA VERIFICA RISPETTO AL PEF DI EH.

La modesta entità delle differenze tra le offerte economiche finali di TME e EH (che tuttavia sono composte non solo dal contributo pubblico, ma anche dal valore terminale dell'investimento, e cioè dalla somma che va pagata al concessionario alla scadenza del rapporto) non può assumere rilevanza ai fini dell'interesse a ricorrere, poiché la controversia riguarda unicamente la valutazione sulla qualità del PEF dell'aggiudicatario e non coinvolge anche quello del ricorrente, che ovviamente esula dall'oggetto del presente giudizio.

3. I MOTIVI DI RICORSO.

Contro gli atti impugnati, la EH ricorrente deduce le seguenti censure:

- l'esame di coerenza e sostenibilità del PEF presentato dalla TME non sarebbe stato effettuato con riferimento agli atti a suo tempo prodotti ed ai rilievi critici prospettati dalla ricorrente, così come previsto dalla sentenza amministrativa da eseguire, ma sarebbe stato invece permesso alla TME di introdurre chiarimenti, integrazioni e modificazioni (cfr. verbale della commissione del 9/9/2004 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 TME 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;

- la valutazione di fattibilità del PEF sarebbe errata a causa della sussistenza 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 sotto-stimati (con riferimento ai costi di personale, come riconosciuto dalla stessa Hydrogest nella nota del 26/5/2004); 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;

- 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 piu' avanzate di progettazione, il che dimostrerebbe l'inadeguatezza del PEF.

3.1. L'ACQUISIZIONE DI DATI ED ELEMENTI INFORMATIVI PER LA VALUTAZIONE DEL PEF.

Gia si e' detto che non e' discutibile in questa sede la necessita' della verifica del PEF (cfr. paragrafo 2.2), ma alcuni concetti vanno comunque (ri)affermati (fatte salve le decisioni del giudice di appello sul gravame avverso la pregressa sentenza) per comprendere l'oggetto, l'ambito, le finalita', le modalita' e gli effetti della verifica compiuta con gli atti impugnati, essendo cio' indispensabile per un compiuto giudizio sui motivi di ricorso.

Il PEF, in una procedura di *project financing*, e' un elaborato finalizzato a prevedere come, in base ai dati di partenza ed a parametri stimati, sviluppati con un modello di calcolo, un sistema di variabili evolve durante il periodo del rapporto, generando flussi di cassa idonei a fronteggiare la realizzazione degli investimenti, la gestione del servizio, il rimborso dei capitali e la remunerazione dei fattori della produzione.

Tale documento assume rilevanza cruciale per tutti i soggetti coinvolti nell'operazione, poiche' serve per valutare l'equilibrio economico e finanziario ed il livello di rischio dell'iniziativa, nonche' la capacita' del progetto di autofinanziarsi e di garantire una buona esecuzione delle opere ed una corretta gestione del servizio (che nella specie, giova sottolinearlo, oltre ad impegnare cospicue risorse, coinvolge fondamentali interessi della collettivita'). Il PEF, inoltre, rappresenta an-

che un punto di riferimento essenziale per l'applicazione delle clausole contrattuali regolanti la revisione ordinaria e straordinaria delle condizioni della concessione.

Tutto ciò porta ad escludere che l'amministrazione concedente, in particolare, possa disinteressarsi di una adeguata verifica della coerenza e sostenibilità della pianificazione da cui è scaturita l'offerta dell'aggiudicatario.

Tale controllo non è delegabile né fungibile con l'asseverazione demandata all'istituto bancario e neppure viene meno per effetto della sopravvenuta verifica di bancabilità del progetto (secondo quanto allegato dalla difesa della TME resistente), che comunque non può sollevare l'ente pubblico dall'adempimento delle funzioni di propria competenza a salvaguardia degli interessi pubblici affidati alla cura dell'autorità amministrativa.

La ricorrente EH sostiene, innanzi tutto, che la commissione incaricata dell'esame del PEF, avendo riscontrato gravi lacune nell'elaborato in questione, non avrebbe potuto richiedere elementi conoscitivi o integrativi del documento presentato da TME alla conclusione della procedura negoziata.

Al riguardo, giova premettere che il PEF in questione si compone di 3 fogli, contenenti le ipotesi economico-finanziarie utilizzate per sviluppare il piano nel periodo considerato, e di 4 tabelle, contenenti la evoluzione delle principali voci sintetiche di contabilità influenti sullo stato patrimoniale, sulla copertura finanziaria, sul flusso dei fondi e sugli andamenti reddituali. Esso non è corredato da informazioni ana-

litiche o descrittive e solo successivamente la TME ha prodotto delle note con dettagli esplicativi.

In particolare, con una prima lettera in data 9/9/2004, e' stato trasmesso un elaborato utilizzato dalla commissione per analizzare le grandezze contenute nel PEF e per esprimere il proprio giudizio sullo stesso. Successivamente, con nota del 15/10/2004, la TME ha prodotto un ulteriore documento esplicativo concernente alcune voci di costi, richiesto e preso in considerazione dall'amministrazione concedente ai fini dell'aggiudicazione definitiva.

Al riguardo e' gia' stata evidenziata la peculiare natura della procedura in questione, che si articola in una pluralita' di fasi nel cui ambito, partendo dall'originaria elaborazione progettuale, viene progressivamente a formarsi, attraverso diversi apporti (competitivi e negoziati), il contenuto della definitiva aggiudicazione.

L'attivit  compiuta in esecuzione della pronuncia giurisdizionale non e' in alcun modo assimilabile all'operato di una commissione giudicatrice nella fase della valutazione finale delle offerte presentate, collocandosi a valle di una procedura di tipo concorsuale ormai gia' esaurita con l'individuazione – che qui non e' in discussione – dell'offerta migliore risultante all'esito della procedura negoziata.

Orbene il PEF non e' un documento tipizzato: le prescrizioni di gara non contengono una puntuale disciplina delle modalita' di redazione dello stesso e non e' applicabile al *project financing* (come gia' chiarito da questo T.a.r.) il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte regolato dalla legge n. 109 del 1994.

In tale quadro, come si e' gia' detto, l'amministrazione ha il potere-dovere di effettuare un approfondito esame del PEF. Cio' implica il riconoscimento della potesta' di avvalersi dei piu' ampi strumenti istruttori, ivi compreso quello di acquisire i chiarimenti ritenuti opportuni per l'emanazione di un compiuto giudizio di merito.

Anche la sentenza n. 9571 di questo T.a.r., nel contemplare il riesercizio della funzione, non preclude alcuna iniziativa tendente ad operare la verifica di coerenza e di sostenibilita' del PEF aggiudicatario.

Del resto la citata decisione evidenzia la necessita' di considerare, tra l'altro, i rilievi critici formulati in sede giudiziale dalla stessa ricorrente, prospettando un'apposita indagine idonea a raggiungere un compiuto e approfondito giudizio valutativo; il che presuppone implicitamente, ma inequivocamente, l'esigenza di una appropriata attivita' istruttoria che non puo' ovviamente escludere l'acquisizione di tutti gli elementi conoscitivi necessari.

In tale contesto il contraddittorio con il soggetto autore del PEF e' non solo ammissibile ed opportuno, ma rappresenta semmai una indefettibile condizione di legittimita' in base ai principi che garantiscono la partecipazione degli interessati ai procedimenti di formazione della volonta' amministrativa.

In mancanza di specifiche disposizioni ostantive, si palesa pertanto immune dai vizi, sotto i profili in esame, l'acquisizione dei chiarimenti necessari per poter esaminare e valutare, in maniera compiuta, gli elaborati originariamente presentati da TME a mezzo di un modello

contenente dati sintetici, ma non per questo (come e' ovvio) necessariamente erronei o inattendibili.

Tuttavia, non vi e' dubbio che la spiegazione e l'analisi dei contenuti del PEF non puo' comportare modificazioni sostanziali alla struttura del piano; poiche', se cosi' fosse, se ne dovrebbe desumere che l'offerta stessa sarebbe inaffidabile in quanto scaturita da una pianificazione economico-finanziaria incongrua o comunque ripudiata.

Infatti, se e' vero (secondo quanto evidenziato nelle difese della TME) che non esiste una corrispondenza biunivoca tra offerta e PEF (nel senso che ad una offerta non corrisponde necessariamente uno ed un solo PEF, ma e' astrattamente ipotizzabile una molteplicita' di modelli diversi), e' anche vero che la serietà di una offerta e' concretamente dipendente dalla elaborazione di un PEF corretto, nel metodo e nel contenuto, e resistente ai possibili scostamenti delle variabili considerate, perche' basato su dati realistici, su ipotesi ragionevoli, su algoritmi appropriati e su stime compiute.

Inoltre, sebbene formalmente la presentazione del PEF definitivo e' addirittura successiva all'aggiudicazione provvisoria (come pure evidenziato nelle difese della TME), nondimeno la sua elaborazione deve necessariamente precedere l'offerta, essendo inammissibile che, in una procedura di *project financing*, possa essere formulata una offerta seria al buio, senza il supporto di una adeguata pianificazione economico-finanziaria.

Pertanto, in altri termini, anche se il PEF e' presentato dopo l'offerta, esso deve costituire il presupposto dal quale scaturisce l'offerta e non il contrario.

Orbene, la documentazione aggiuntiva prodotta da TME con le note del 9/9 e 15/10/2004 e' immune da tali vizi, nel senso che essa si limita a fornire dettagli e chiarimenti esplicativi e non produce cambiamenti nel PEF asseverato.

3.2. LA RIMODULAZIONE DEL PEF.

Va tuttavia rilevato che la stessa amministrazione, con l'aggiudicazione definitiva, pur esprimendo una valutazione di coerenza e sostenibilita' del PEF, formula una serie di osservazioni (che comunque non inciderebbero, nella prospettazione degli atti impugnati, sul giudizio favorevole) e richiede, conseguentemente, la presentazione di un PEF "rimodulato" che tenga conto delle indicazioni dall'autorita' concedente.

In proposito, la EH ricorrente lamenta che questa rimodulazione implicherebbe una vera e propria rinegoziazione.

Sull'argomento va in primo luogo evidenziato che sia i chiarimenti forniti, sia la rimodulazione del PEF non determinano alcuna variazione sul contenuto dell'offerta aggiudicataria o di alcuno dei suoi elementi caratterizzanti considerati ai fini della selezione nella procedura negoziata, ma si limitano ad incidere unicamente sulla compilazione del PEF.

In particolare le modifiche apportate riguardano i seguenti punti:

- l'ammontare dei mancati incassi, prima compreso tra i costi di gestione, viene direttamente considerato in diminuzione dei ricavi, che vengono quindi esposti al netto: sul piano computistico il valore finale resta inalterato, per cui la modifica consiste in una differente rappresentazione degli stessi dati contabili;
- il fatturato viene indicato con valori indicizzati alla svalutazione monetaria, per cui i mancati introiti ed i costi per il servizio di riscossione, prima considerati al valore reale, vengono ricalcolati con la componente inflattiva: la correzione consiste nel reinflazionare le poste rettificative dei ricavi, al fine di omogeneizzare i valori;
- il periodo occorrente agli adempimenti di presa in consegna degli impianti, pur rientrando nella durata quindicennale della concessione decorrente dalla stipula della convenzione, non genera ricavi: la variazione consiste nell'abbattimento dei ricavi iniziali per una somma corrispondente all'ammontare degli introiti di 1 mese (su 15 anni).

In definitiva, per alcune poste si tratta di una diversa allocazione, mentre per altre si concretizza un ricalcolo parzialmente modificativo del modello proposto.

Tuttavia, dalla documentazione in atti, emerge con sufficiente evidenza che le modifiche risultanti dal PEF rimodulato non assumo rilevanza sostanzialmente significativa; cio', beninteso, tenendo conto sia dell'entita' delle grandezze economiche, sia dell'arco temporale di lungo periodo del piano in questione.

Del resto, come si e' detto (ed e' pacifico), il PEF non rientra tra le variabili considerate ai fini della compilazione della griglia dei pun-

teggi e della formazione della graduatoria per la scelta dell'offerta migliore (che sono ovviamente immutabili e non rinegoziabili), ma costituisce piuttosto un elaborato, prodotto ed esaminato a valle dell'offerta, la cui valutazione assume rilevanza sull'aggiudicazione se e nella misura in cui emerga che l'offerta stessa scaturisce da una elaborazione economico-finanziaria che si riveli incoerente o insostenibile.

Pertanto, non si può escludere l'ammissibilità di una rimodulazione limitata ad aspetti quantitativamente marginali, che non compromettono la credibilità e ragionevolezza dei dati e delle ipotesi in base ai quali è sviluppato il PEF.

Ne consegue che una rimodulazione tale (come nella specie) da non alterare, nel complesso, le linee fondamentali della pianificazione potrebbe semmai costituire un mero indizio di imprecisione della elaborazione progettuale, ma non è idonea, di per sé, ad assumere valore decisivo per sostenere, in mancanza di altri e più consistenti elementi, un giudizio negativo di inadeguatezza tale da determinare un apprezzabile rischio di fallimento del progetto.

Nel complesso, dunque, le variazioni introdotte sulla base delle indicazioni dettate nella relazione della commissione non incidono sul risultato finale in misura significativa e non intaccano nella sostanza la valutazione in esame, né si pongono in conflitto nella forma con la natura e gli esiti del procedimento.

**3.3. L'ESAME DEI PROFILI CRITICI IN PRECEDENZA
EVIDENZIATI DALLA RICORRENTE.**

La ricorrente lamenta che la commissione non avrebbe considerato tutte le contestazioni mosse dalla stessa EH nel precedente giudizio e ribadite in sede procedimentale.

Sull'argomento giova premettere che la sentenza n. 9571, nello statuire l'esigenza di una completa valutazione di coerenza e sostenibilit  del PEF presentato da TME tenendo anche conto delle osservazioni prospettate da EH, non   entrato nel merito della fondatezza di tali rilievi critici, limitandosi a rilevarne la omessa verifica.

Orbene la relazione della commissione non manca di affrontare tale esame. Alcuni aspetti tuttavia non formano oggetto di nuove censure nel presente giudizio, per cui   da ritenere che le contestazioni in merito siano superate.

Del resto la materia del contendere (sulla quale il giudice amministrativo   chiamato a decidere)   ovviamente delimitata dalle censure dedotte con l'atto introduttivo del giudizio o con i motivi aggiunti e si riferisce alle carenze del PEF, erroneamente o inadeguatamente considerate dalla commissione, dedotte con l'impugnativa in esame, a nulla rilevando tutte le altre questioni che erano state sollevate nel pregresso giudizio e sulle quali non sia stato ritualmente instaurato il contraddittorio processuale con il ricorso ora in discussione.

  anche il caso di soggiungere che l'ambito delle censure ammissibili nel presente giudizio non puo' essere limitato ai soli rilievi mossi in quello precedente, ma puo' spaziare su tutti gli aspetti considerati nella verifica del PEF, per denunciarne l'inadeguatezza, anche se relativi a questioni originariamente non sollevate, nella misura in cui tali pro-

fili siano idonei ad incidere sulla legittimità delle determinazioni impugnate.

3.4. AMMISSIBILITÀ DELLE CONTESTAZIONI SUL CONTENUTO DEL PEF.

La difesa di TME eccepisce che le valutazioni tecnico-discrezionali della commissione di esperti non sarebbero sindacabili nel merito in sede giurisdizionale, salvo che non emergano errori di fatto o manifesti vizi logici.

Tale obiezione, pur in astratto condivisibile, nel caso di specie comporta che le doglianze in esame sono ammissibili nella misura in cui tendono a contestare l'operato della commissione e dell'amministrazione concedente per quanto riguarda la completezza degli accertamenti, la ragionevolezza e la congruità delle valutazioni e la consequenzialità delle conclusioni.

Nel contempo giova sottolineare che la pronuncia giudiziale sulle questioni sollevate dalla ricorrente non può significare né avere come effetto la sostituzione della impugnata valutazione di coerenza e sostenibilità con una di segno opposto, poiché tale apprezzamento spetta unicamente all'autorità amministrativa.

Infatti il sindacato di legittimità devoluto al giudice amministrativo è piuttosto rivolto a stabilire, sulla base delle censure dedotte, se le decisioni adottate dall'amministrazione siano fondate su un'adeguata istruttoria, siano sorrette da sufficienti ragioni e siano immune da vizi che compromettano la credibilità delle determinazioni.

3.5. LA METODOLOGIA DI VALUTAZIONE DEL PEF.

Un argomento preliminare, dibattuto dalle parti in causa, e' se l'esame del PEF presentato dalla TME debba essere valutato in se' ovvero in comparazione con quello del promotore.

In particolare la difesa di TME obietta che le censure mosse dalla ricorrente EH sarebbero inconsistenti perche' deriverebbero dal confronto del PEF di TME con quello del promotore che non potrebbe costituire un utile elemento di raffronto, essendo stato redatto prima delle offerte migliorative, laddove lo stesso promotore ha presentato un consistente ribasso migliorativo del contributo pubblico richiesto, con cio' dimostrando la inattualita' del proprio PEF originario.

Tale obiezione, in realta', comporta una censura, oltre che nei confronti della controparte, anche verso l'operato della commissione di esperti, poiche' quest'ultima fa ampio ricorso al confronto dei due PEF. Se si volesse accogliere la prospettazione di TME, se ne dovrebbe dedurre che il giudizio della commissione sarebbe largamente falsato da un errore di prospettiva che ha impedito un'indagine condotta secondo il metodo corretto.

Peraltro le note esplicative prodotte dalla stessa TME in sede procedimentale a sostegno del proprio PEF non mancano di compiere un confronto con il PEF del promotore ed anche le difese svolte dalla controinteressata nel presente giudizio si richiamano, per alcune voci (ricavi, costi di personale), ai dati comparativi del suddetto PEF.

Del resto il progetto del promotore e' stato condiviso da tutti i concorrenti come base della procedura negoziata, per cui esso si pone ogget-

tivamente come un punto di riferimento significativo per una valutazione comparativa dei partecipanti alla gara.

Sull'argomento e' da osservare che, in realta', i due diversi approcci metodologici non sono inconciliabili tra loro e non si elidono a vicenda, ma vanno ovviamente ponderati e calibrati tenendo conto dei rispettivi limiti.

Il confronto tra documenti generati in fasi differenti della complessa procedura non puo' prescindere dalla considerazione che tutti i concorrenti, ivi compreso il promotore, hanno presentato offerte migliorative di una certa rilevanza, per cui non e' da escludere che il PEF elaborato nella fase iniziale della procedura possa presentare, nelle voci di costi e/o di ricavi, un margine significativo per la successiva gara tra le concorrenti. Di cio' si dimostra consapevole la stessa commissione di valutazione.

Nel contempo l'esigenza di valutare il PEF di TME nei suoi contenuti intrinseci trova un limite nella quantita' e nella qualita' dei dati forniti dall'interessata a corredo del proprio elaborato. Infatti il giudizio di coerenza e sostenibilita' puo' condurre a risultati affidabili solo se e nella misura in cui gli elementi informativi offerti per l'analisi risultino completi ed esaurienti.

Ne consegue che, per un verso, il concorrente assume l'onere di documentare e di spiegare in maniera convincente tutte le voci del proprio PEF, e cio' con particolare riferimento a quelle che presentino maggiori differenze rispetto ad una elaborazione che e' stata presa a base della competizione concorrenziale.

In difetto non si può certo imputare alla commissione (o alla ricorrente) di utilizzare il metodo comparativo per trarre argomenti a sostegno dell'inadeguatezza della pianificazione presentata dall'aggiudicatario. Risulta semmai censurabile la conclusione della commissione di esperti nella parte in cui, pur rilevando l'ampiezza degli scostamenti delle differenze tra il PEF originario del promotore rispetto alle offerte finali, ravvisa apoditticamente che la riduzione del ricorso alle risorse pubbliche (per il contributo, cui va sommato anche il valore residuo da pagare al termine della concessione per le opere realizzate) sia solo il risultato della competizione concorrenziale, piuttosto che il frutto di presunte anomalie che altrimenti riguarderebbero tutte le offerte finali presentate. Infatti lo scopo della verifica è appunto di dimostrare l'insussistenza di tali anomalie che non possono essere escluse aprioristicamente.

3.6. I RICAVI

Per quanto riguarda i ricavi (a parte gli aspetti concernenti la "rimodulazione", già esaminati nel paragrafo 3.2), la ricorrente EH deduce che il PEF della TME avrebbe considerato, tra i proventi fatturati, anche quote tariffarie indisponibili per il concessionario, in quanto vincolate ai sensi dell'art. 14, co. 1, della legge n. 36 del 1994 (cd. legge Galli) ovvero relative al servizio di fognatura interno del comune di Napoli, escluso dalla concessione.

Sul punto la relazione conclusiva della commissione, pur rilevando che la distribuzione nello sviluppo temporale indicata nel PEF in esame si discosta dall'ipotesi del promotore, osserva che vi sarebbe una sostanziale coincidenza dei ricavi netti cumulativi, con una modesta

differenza limitata ad appena l'1%.

La difesa della controinteressata obietta che TME non avrebbe fatto altro che allinearsi ai ricavi del promotore, senza prevedere l'appropriazione di introiti estranei alla concessione; anzi, i profitti risulterebbero stimati in misura addirittura più prudentiale; peraltro, se i ricavi avessero compreso somme indisponibili, il loro ammontare sarebbe stato superiore a quello esposto dal promotore, per cui la corrispondenza di tali valori escluderebbe l'esigenza di particolari indagini sulla composizione delle entrate.

La questione sollevata dalla ricorrente deriva da un'osservazione pertinente: pur essendo i ricavi evidenziati da TME sostanzialmente in linea (ed anzi inferiori) a quelli della progettazione preliminare, non è men vero che la TME considera nel proprio PEF, per i servizi di depurazione e di fognatura, volumi sensibilmente superiori a quelli previsti nella programmazione originaria.

Tale discrasia non si riflette sull'ammontare globale dei ricavi solo perché è compensata da un minore livello tariffario medio, nonché dal mancato conteggio, da parte di TME, dei proventi derivanti dalla depurazione dei reflui autotrasportati (cd. "bottini").

In realtà la discordanza sui volumi fatturati non ha trovato una esauriente spiegazione né da parte della commissione di valutazione, né da parte della TME, e ciò neppure nel presente giudizio.

Il che pone in evidenza, quanto meno, una certa approssimazione sia nella redazione del PEF, sia nella sua successiva valutazione.

Queste carenze non possono essere considerate come ininfluenti sulla credibilità della pianificazione elaborata da TME, a poco rilevando la

mera circostanza che, conclusivamente, il fatturato cumulativo complessivo rimane in linea con il dato di raffronto.

Infatti e' importante osservare che la voce in questione e' la risultante di componenti eterogenee, con differenti livelli di remunerazione e di rischio. Pertanto, ancorche' non sia espressamente prescritto un determinato livello di disaggregazione dei dati da esporre nel PEF, non puo' essere in dubbio la rilevanza di una adeguata valutazione dei singoli elementi che concorrono a determinare la redditivita' della gestione.

Ne consegue che l'affidabilita' dei dati di base, esposti per la determinazione dei proventi, assume rilevanza cruciale nel giudizio sulla sostenibilita' del PEF, nella misura in cui un errore nella stima della distribuzione dei volumi e/o nella previsione del loro sviluppo durante il periodo di riferimento non puo' che riflettersi in maniera diretta sugli equilibri economico-finanziari.

3.7. I COSTI DI PERSONALE.

Per quanto riguarda i costi per il personale la ricorrente EH deduce di aver rappresentato, fin dalla fase della procedura negoziata, l'esistenza di un forte divario tra il costo esposto nel PEF del promotore e quello effettivo (maggiore) sostenuto dalle gestioni in essere. Tale circostanza (che troverebbe conferma anche da parte della societa' concessionaria) comporterebbe una rilevante sottostima dei costi e comprometterebbe la sostenibilita' del PEF.

In proposito la commissione di valutazione, pur rilevando che il costo del personale considerato da TME e' inferiore a quello evidenziato dal promotore, ritiene che tale differenza sarebbe sostanzialmente inin-

fluente, in quanto, per l'entità complessiva delle grandezze in gioco, gli oneri in questione risulterebbero sostanzialmente allineati e quindi attendibili.

La TME soggiunge che il costo medio unitario del personale sarebbe basato sulla propria esperienza nella gestione di altri depuratori nella stessa area ed evidenzia inoltre che gli oneri per il personale, considerati in un arco temporale di 15 anni, non sarebbero un dato costante, ma costituirebbero una partita soggetta all'influenza di molteplici fattori dipendenti da scelte gestionali aziendali e da variabili esterne, per cui conterebbe poco il dato di partenza.

Tale ultima osservazione non è del tutto condivisibile, poiché l'entità attuale dello scostamento in un dato di base non può che trascinarsi e riflettersi, se consistente, sul risultato complessivo dello sviluppo temporale. Ne può considerarsi risolutiva l'attestazione, peraltro non sorretta da idonea documentazione, sulla attendibilità delle previsioni formulate, che tra l'altro sembrano smentite dalle successive rilevazioni effettuate dalla stessa concessionaria ai fini della presa in consegna degli impianti.

Vero è piuttosto che l'obiezione sollevata da EH già in sede di procedura negoziata non ha avuto seguito, tant'è che tutti i concorrenti sono pervenuti alla condivisione della bozza di convenzione.

Quest'ultima, all'art. 24, nel prevedere l'obbligo di assunzione delle maestranze in servizio presso gli attuali gestori, non contempla espressamente il riconoscimento dei livelli retributivi esistenti.

Orbene, la rielaborazione condivisa dei progetti ha costituito la nuova base della procedura negoziata rispetto alla quale i concorrenti hanno presentato le offerte migliorative. Si puo' ritenere dunque che il livello delle spese per il personale risultante dalla condivisione dei progetti costituisca un punto riferimento comune alle elaborazioni progettuali di tutti i partecipanti alla gara.

Pertanto l'impugnata determinazione di sostenibilita' del PEF si rivela immune da vizi nella parte in cui esclude la rilevanza di una relativa sottovalutazione delle spese per il personale.

3.8. GLI ONERI DI MANUTENZIONE E GLI ALTRI COSTI FISSI

La ricorrente contesta l'esistenza di una elevata sottostima degli oneri di manutenzione e dei costi fissi appostati nel conto economico previsionale del PEF di TME.

In proposito la commissione di valutazione, pur esprimendo riserve in ordine ai profili tecnico-quantitativi di tali costi, formula un giudizio complessivamente positivo sulla coerenza e sostenibilita' del PEF, poi recepito nell'aggiudicazione definitiva.

La TME difende i dati forniti facendo riferimento al proprio know-how che consentirebbe l'abbattimento dei costi e garantirebbe l'attendibilita' delle previsioni formulate.

Al riguardo e' da osservare che la commissione di esperti rileva l'esigenza, per una compiuta analisi di congruita', di ulteriori specificazioni tecnico-economiche, peraltro carenti anche nel PEF del promotore, opportunamente avvalorate dal confronto documentato con realta' simili e con la verifica nelle fasi piu' avanzate di progettazione.

Sulla base di tali premesse, il giudizio favorevole espresso dalla commissione e' condizionato da una esplicita riserva.

Neanche il supplemento istruttorio (compiuto dopo la conclusione dei lavori della commissione e neppure sottoposto al vaglio della medesima) ha risolto tali dubbi, che vengono ribaditi anche nel parere del sub-Commissario richiamato nella delibera commissariale di aggiudicazione definitiva.

Tali riserve implicano una incapacita' ad esprimere, sulla base degli elementi attualmente disponibili, una valutazione esauriente su aspetti determinanti del PEF, la cui verifica e' spostata alle fasi piu' avanzate di progettazione definitiva ed esecutiva in considerazione della "approssimazione" insita nella progettazione preliminare.

Senonche' una valutazione completa del PEF deve necessariamente precedere la stipula della concessione e non puo' essere certo rinviata ad un momento successivo, poiche' e' evidente che, qualora l'esito sfavorevole della verifica giungesse postumo, la rischiosita' degli interventi verrebbe assunta essenzialmente a carico della parte pubblica e della collettivita'.

Le valutazioni conclusive evidenziano, in sostanza, una incompletezza ed indeterminatezza dei dati del PEF e degli elementi informativi forniti a corredo dalla TME; tali carenze, per l'entita' e la rilevanza delle grandezze economiche, contraddicono il giudizio favorevole espresso dall'amministrazione e la conseguente determinazione di aggiudicazione.

La commissione di valutazione osserva anche che l'apprezzamento del PEF va riferito ad un giudizio complessivo sulle grandezze economiche e finanziarie viste nella loro globalità e non su alcuni indicatori singolarmente considerati. L'affermazione è condivisibile se vuole sottolineare che la coerenza e sostenibilità del PEF, in un arco di durata di lungo periodo, non può dipendere da modesti aggiustamenti nelle singole variabili considerate ai fini della pianificazione. Ma non vi è dubbio che una sistematica sopravvalutazione dei ricavi ovvero una significativa sottovalutazione delle principali voci di costi non possono non incidere sull'equilibrio economico-finanziario globale e, quindi, sul giudizio conclusivo di coerenza e sostenibilità'.

Le parti resistenti ribadiscono inoltre che l'ampiezza delle differenze tra il PEF originario del promotore e le offerte finali presentate dai concorrenti dimostrerebbe la sussistenza di un ampio margine di competizione piuttosto che l'anomalia delle offerte.

Gia' si è detto nel precedente paragrafo 3.5 che tale affermazione dovrebbe costituire la conclusione di un processo valutativo, piuttosto che una sua premessa. Giova qui aggiungere che la TME ha presentato nella fase negoziata un ribasso migliorativo di misura consistente non solo rispetto al progetto originario del promotore, ma anche rispetto all'offerta formulata dalla stessa TME nella fase della licitazione privata per la scelta dei competitori; il che presuppone ovviamente una revisione sostanziale del PEF presentato inizialmente da TME ai fini della licitazione privata, poiché la riduzione del sostegno finanziario pubblico incide ovviamente sulla consistenza dei flussi di cassa,

richiede un diverso equilibrio finanziario ed implica una maggiore redditività'.

L'aggiudicatario assume dunque l'onere di documentare che la variazione del PEF non è artificialmente costruita per farlo quadrare con l'offerta conclusiva, ma è basata su dati realistici e coerenti (sebbene diversi da quelli originari), spiegando cosa e come è cambiato e perché il cambiamento non comprometta la sostenibilità delle previsioni formulate.

La TME insiste, infine, che le stime di costo troverebbero giustificazione nella maggiore esperienza, efficienza e capacità di TME nella ottimizzazione della conduzione aziendale rispetto agli altri concorrenti, come sarebbe anche testimoniato dagli analoghi servizi gestiti dalla stessa TME nell'area regionale (Napoli-est e Foce Sarno).

Tuttavia proprio le circostanze sopra evidenziate dovrebbero semmai far considerare che la TME avrebbe ben potuto fornire circostanziati ed analitici dati ed elementi desunti appunto dalle gestioni operative ad essa già affidate, per suffragare l'affidabilità delle stime formulate nel PEF. Senonché una tale documentazione concreta e puntuale non risulta prodotta, nonostante le reiterate richieste istruttorie all'uopo indirizzate dall'amministrazione, la quale alla fine riconosce la permanenza di irrisolte problematiche su un punto nodale del giudizio di coerenza e sostenibilità'.

Infatti il provvedimento conclusivo adottato si sottrae ad un confronto con le esperienze simili (che pure era stato indicato come essenziale nella relazione della commissione di esperti), accetta come unica giu-

stificazione dei dati economici la sussistenza di esperienze e capacita' imprenditoriali dell'aggiudicatario (che, pur costituendo una referenza rilevante come requisito per l'affidamento della concessione, non danno concreti elementi oggettivi a dimostrazione delle stime previsionali formulate) e rinvia ad una successiva e futura fase l'effettivo scioglimento di una riserva valutativa (che invece va risolta nell'attualita').

4. LA SOCCOMBENZA.

In conclusione, l'impugnativa va dunque accolta per quanto riguarda le censure esaminate nei precedenti paragrafi 3.6 e 3.8 e per gli effetti esposti nel paragrafo 3.4.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per la integrale compensazione delle spese di causa.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione prima, in accoglimento del ricorso n. 13831/04, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorita' amministrativa.

Cosi' deciso in Napoli, addi' 4 maggio e 13 luglio 2005, in camera di consiglio con l'intervento dei signori:

Giancarlo Coraggio	Presidente
Fabio Donadono	consigliere estensore
Carlo Buonauro	referendario

Il Presidente

L'estensore