



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Tribunale Amministrativo Regionale Per La Campania- Napoli**

**Prima Sezione**

composto dai Signori:

Antonio	Guida	Presidente
Fabio	Donadono	Componente
Michele	Buonauro	Componente est.

ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n. **4153/2005** Reg. Gen., proposto da

*GIACOMO CATERINO BUILDING CONTRACTOR s.r.l.*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppina Caterino, con domicilio eletto in NAPOLI , via Fontana 39 presso lo studio D'Antonio;

**contro**

*COMUNE DI GRAZZANISE*, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Cantelli, con domicilio eletto in NAPOLI, via Cilea 147, presso lo studio Brandi Bisogni;

**e nei confronti di:**

*COS.MER. s.r.l.*, in proprio e nella qualità di capogruppo, rappresentata e difesa dall'avv. Michele Pascarella, con domicilio eletto in NAPOLI, vico tutti i Santi 3, presso lo studio Rinaldi;

**per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione**

del verbale di deliberazione n. 9 del 25.2.2005, prot. 2087, di approvazione da parete della Giunta municipale della proposta presentata dall'a.t.i. Cos.mer.;

tutti gli atti connessi e collegati, ivi compreso il parere di regolarità tecnica emesso dal responsabile deol Comune di Grazzanise in data 25.02.2005.

- visti gli atti ed i documenti depositati con il ricorso;

- visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune e della controinteressata;
- relatore alla pubblica udienza del 06.12.06, il dott. Michele Buonauro;
- uditi gli avvocati delle parti costituite come da verbale d'udienza;

### **F A T T O**

La società ricorrente impugna gli atti epigrafati con i quali, sulla base del piano triennale dei lavori pubblici 2004-06 approvato dal Comune di Grazzaniuse ai sensi dell'art. 37 bis l. 109/94, la proposta dalla stessa presentata – relativa al progetto di realizzazione del nuovo cimitero comunale – veniva accantonata in favore della proposta presentata, sul medesimo oggetto, dall'a.t.i. capeggiata dalla Cos.mer.

In particolare insorge avverso il parere di regolarità tecnica espresso dal responsabile comunale ed il verbale di valutazione comparativa delle due proposte da parte della Giunta, adducendo le censure di violazione di legge (artt 37 bis e ter l. 109/94; art. 3 l. 241/90; l. 166/02), nonché di eccesso di potere e di carenza di motivazione degli atti impugnati, per difetto di istruttoria, contraddittorietà e sviamento di potere.

In sostanza l'amministrazione, in modo erroneo ed apodittico, avrebbe preferito il progetto presentato dall'avversario, benché fosse meno valido e meno conveniente.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato e la controinteressata, che concludono per l'improcedibilità e comunque per il rigetto del ricorso.

All'udienza di discussione del 6 dicembre 2006 la causa veniva trattenuta per la decisione.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Il ricorso ha ad oggetto la determinazione con la quale la proposta di *project financing* avanzata dall'impresa controinteressata è stata individuata come proposta di pubblico interesse ai sensi degli artt. 37 *bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994 n. 109, con conseguente scarto della proposta avanzata dalla società ricorrente.

L'amministrazione comunale e la controinteressata hanno evidenziato come, terminata la prima fase del *project financing* con gli atti in questa sede gravata, il procedimento è stato portato a compimento mediante la pubblicazione del bando di gara (il 22.04.2005) ai sensi dell'art. 37 *quater* l. 109/904 e con la definitiva aggiudicazione del progetto in favore dell'a.t.i. Cos.Mer. la quale ha stipulato il relativo contratto con il Comune in data 23.12.2005.

Sulla base di tali presupposti eccepiscono l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse alla decisione, essendo divenuto inoppugnabile il provvedimento di aggiudicazione della realizzazione del progetto in contestazione.

Parte ricorrente ha replicato che la mancata partecipazione dalla gara non provocherebbe l'inammissibilità del presente ricorso, perché lo stesso investirebbe la procedura di individuazione del progetto di interesse pubblico, cui sarebbe da riconoscere carattere di autonomia e separatezza rispetto alla fase, successiva, di scelta del concessionario. In tal senso l'annullamento della scelta del progetto da realizzare travolgerebbe anche la gara dalla quale l'appellante è stata esclusa, rendendo superflua la relativa impugnazione.

La tesi dell'appellante non può essere condivisa.

In conformità ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale espresso dal Consiglio di Stato, non è ravvisabile la sussistenza di un interesse alla contestazione in sede giurisdizionale di una procedura, che, comunque, tende all'aggiudicazione, da parte del soggetto che a tale procedura non ha partecipato e non ha esercitato le facoltà di cui disponeva per rimuovere la statuizione pregiudizievole (Cons. St., Sez. VI, 3 settembre 2003 n. 4906; Sez. V, 21 giugno 2002 n. 3391).

In particolare, nella presente controversia la ricorrente ha inteso tutelare esclusivamente il proprio interesse ad assumere la posizione di promotore, rinunciando a contestare l'espletamento dalla gara successiva.

Occorre allora indagare se la tutela dell'interesse qui concretamente perseguito sia ammissibile allorché l'impresa non abbia partecipato alla successiva fase di gara per l'offerta più vantaggiosa, prestando acquiescenza ai provvedimenti di conclusione della stessa.

Viene quindi in discussione la tesi secondo cui la procedura di scelta del progetto di pubblico interesse ex art.37 *ter* l. 109/94, e la successiva procedura di aggiudicazione della concessione di eseguire l'opera pubblica (art. 37 *quater*) danno luogo a procedimenti distinti, e sostanzialmente autonomi, in quanto destinati a soddisfare, oltre l'interesse pubblico, interessi diversi dei soggetti privati operanti nel settore.

Osserva, tuttavia, il Collegio che l'interesse a vedere prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi ad assumere la posizione del "promotore" nella procedura di *project financing*, pur individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene, e necessariamente implica, anche l'interesse all'aggiudicazione, che rappresenta il valore sostanziale, il bene della vita cui tende il presentatore del progetto.

La normativa che regola l'istituto, infatti, prevede come normale l'ipotesi che la concessione sia conferita al promotore.

Depone in tal senso in primo luogo l'art. 37 *bis*, comma 2, che prevede per il

promotore il possesso dei requisiti propri del soggetto che deve realizzare l'opera.

Ma si spiega allo stesso modo l'art. 37 *ter*, ultimi due periodi, dove si stabilisce che, se il promotore adegua la propria proposta a quella che l'Amministrazione ritiene la più conveniente in base alla gara, risulterà aggiudicatario della concessione, così istituendo una sorta di "prelazione" in suo favore.

Sono ispirati allo stesso principio i commi 2, 4 e 5 dell'art. 37 *quater*:

- il comma 2 stabilisce che la proposta del promotore posta a base della gara è vincolante per lo stesso se non vi sono altre offerte;

- il comma 4 considera l'ipotesi che il promotore non riesca a condurre con successo la procedura negoziata con l'impresa che ha presentato l'offerta più vantaggiosa, la quale si aggiudica la concessione, e stabilisce che al promotore spetta soltanto il rimborso delle spese sostenute. Tale deludente conclusione tende evidentemente ad incentivare il promotore a modificare il proprio progetto, anche sotto il profilo economico, in modo da non perdere il contratto;

- il comma 5 contempla ancora il caso di aggiudicazione al promotore, e lo obbliga a rimborsare le spese sostenute alle imprese che hanno partecipato alla negoziazione.

Il quadro normativo così sommariamente accennato consente di affermare che l'interesse alla posizione di promotore è un interesse marcatamente strumentale al vero scopo perseguito dal presentatore del progetto, che è quello di realizzarlo lucrando il relativo profitto.

Si realizza quindi, nell'aspirazione alla concessione, una sostanziale identificazione tra l'interesse del promotore e quello delle imprese che partecipano alla gara, cosicché l'intera procedura non può che essere concepita in termini unitari. Ed infatti il sistema è mirato ad ottenere, attraverso il raffronto e la concorrenza tra le diverse offerte, quella del promotore e quelle delle partecipanti alla licitazione privata, la formazione di un progetto di opera pubblica che si riveli ottimale sul piano tecnico e su quello economico.

Le considerazioni suesposte conducono a risolvere in senso negativo il problema dell'ammissibilità della presente controversia.

Poiché l'interesse ad essere promotore di un progetto non è separabile dall'interesse all'aggiudicazione, la contestazione della scelta del progetto di interesse pubblico significa nella sostanza tutela dell'interesse del ricorrente all'aggiudicazione della concessione.

In mancanza di una specifica impugnativa avverso gli atti di conclusione dell'intera procedura del *project financing*, deve ritenersi improcedibile il ricorso avverso la prima fase della complessa procedura in esame, non potendo in ogni

caso la ricorrente ottenere il bene della vita (l'aggiudicazione della concessione) cui è orientata l'intera scansione procedimentale delineata dagli artt. 37 *bis* e seguenti della l. 109/94 (cfr. C.d.S. 142/05).

In definitiva il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse alla decisione.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Prima Sezione di Napoli dichiara il ricorso epigrafato improcedibile.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 06 dicembre 2006.

Presidente \_\_\_\_\_

Estensore \_\_\_\_\_