



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania**

**(Sezione Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 172 del 2008, proposto da:  
A & P - Associati & Partners S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv.  
Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in  
Napoli, via Caracciolo, 15 c/o Laudadio; Rem S.r.l.;

***contro***

Comune di Sorrento, rappresentato e difeso dall'avv. Lucio De Luca, con  
domicilio eletto presso Lucio De Luca in Napoli, via Cesario Console, 3;

***nei confronti di***

Passarelli S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Migliaccio,  
con domicilio eletto presso Benedetto Migliaccio in Napoli, Rione  
Sirignano 9;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

**AFFIDAMENTO LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE  
ALL'INTERNO DELL'AREA CIMITERIALE - DETERMINA  
N.39114 DEL 30.10.2007..**

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sorrento;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Passarelli S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20/04/2009 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso in epigrafe, notificato il 29 dicembre 2007 e depositato 9 gennaio 2008, la A & P Associati e Partners s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo dell'ATI costituenda tra la medesima e la REM s.r.l., nonché la REM s.r.l. impugnavano, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, concernenti la procedura di project financing avente per oggetto "Lavori di riqualificazione del cespite ex Convento di san Renato all'interno dell'area cimiteriale" e indetta dal Comune di Sorrento con avviso indicativo del 25 ottobre 2006, prot. n. 34835: a) determina del 30 ottobre 2007, n. 1360 (comunicata con nota in pari data, prot. n. 39114), con la quale il dirigente del IV dipartimento del Comune di Sorrento aveva approvato gli atti e i verbali della commissione di valutazione di fattibilità delle proposte ed aveva dato atto che la proposta prescelta per la nomina del promotore era quella presentata dalla Passarelli s.p.a.; b) verbali della commissione di valutazione di fattibilità delle proposte, nonché avviso indicativo del 25 ottobre 2006, prot. n. 34835, nei limiti di interesse; c) ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

A sostegno dell'esperito gravame, deducevano le seguenti censure: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 37 ter della l. n. 109/1994; violazione degli artt. 98 e 99 del d.p.r. n. 554/1999 e dell'avviso di project financing; violazione dell'art. 37 bis della l. n. 109/1994; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà, travisamento dei presupposti di fatto, sviamento; violazione dell'art. 22 del d.p.r. n. 554/1999; violazione del giusto procedimento e dei principi

in tema di imparzialità e buon andamento; incompetenza; illegittimità derivata.

2. Costituitasi l'amministrazione comunale intimata, adduceva la legittimità del proprio operato ed eccepiva l'inammissibilità, improcedibilità e infondatezza dell'impugnazione proposta ex adverso, chiedendone, quindi, il rigetto.

Si costituiva, altresì, la controinteressata Passarelli, che eccepiva l'irricevibilità, inammissibilità e infondatezza del ricorso, chiedendone parimenti il rigetto.

3. Alla camera di consiglio del 3 marzo 2008, l'istanza cautelare avanzata dalle ricorrenti veniva respinta con ordinanza n. 772/2008, sulla base della seguente motivazione: "anche in ragione dello stadio della procedura, non viene in rilievo un pregiudizio connotato in termini di imminenza ed irreparabilità".

4. Successivamente, in data 30 marzo 2009, il Comune resistente depositava la deliberazione della propria Giunta municipale n. 36 del 19 marzo 2009, con la quale la proposta presentata dalla Passarelli veniva dichiarata di pubblico interesse e la menzionata impresa proponente veniva nominata "promotore" dell'intervento oggetto della procedura di project financing in parola.

5. All'udienza pubblica del 20 aprile 2009 la causa veniva trattenuta in decisione.

6. In rito, il ricorso è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

7. Onde illustrare compiutamente le ragioni della indicata declaratoria di improcedibilità, giova premettere una breve disamina della fase procedimentale aggredita col ricorso in epigrafe, così come disciplinata dall'abrogato art. 154 del d.lgs. n. 163/2006, applicabile ratione temporis alla procedura de qua.

7.1. Trattasi, segnatamente, della fase di valutazione della procedura di project financing, in limine alla quale si situa la prequalificazione delle proposte, che consiste nell'accertamento dei requisiti soggettivi delle imprese candidate, della presenza, nelle relative proposte, di tutti gli elementi all'uopo previsti (studio di inquadramento territoriale e ambientale; studio di fattibilità; progetto preliminare; bozza di

convenzione; piano economico-finanziario asseverato; specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione) e della rispondenza delle proposte medesime all'oggetto dell'avviso indicativo.

Tale fase si articola in due distinte sottofasi: da un lato, la verifica di fattibilità; d'altro lato, la verifica di rispondenza al pubblico interesse.

Quanto alla verifica di fattibilità, essa deve essere condotta con riferimento ad ognuna delle proposte presentate, senza dar corso ad esami comparativi, propri della successiva sottofase, e riveste natura preminentemente, se non esclusivamente, tecnica.

Diversamente, la verifica di rispondenza all'interesse pubblico postula un esame comparativo delle proposte e comporta un'attività valutativa di interessi pubblici, concretante esercizio di discrezionalità amministrativa 'pura', e non tecnica.

7.2. Più in dettaglio, la verifica di fattibilità si sostanzia nella valutazione delle proposte "sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione" (art. 154 del d.lgs. n. 163/2006).

Tale esame deve completarsi col riscontro di insussistenza di elementi ostativi alla realizzazione degli interventi progettati.

7.3. La dichiarazione di pubblico interesse attiene alla conformità della proposta alle priorità fissate nel piano triennale e nell'elenco annuale, e, quindi, alla compatibilità con altre iniziative, che è condizionata dalla necessità del concorso finanziario dell'amministrazione, in relazione alle diverse esigenze di spesa pubblica per altri interventi e dalla programmazione di interventi diversi nella stessa area.

7.4. Ora, la verifica di fattibilità di una proposta non implica, di per sé, anche la sua rispondenza al pubblico interesse, in quanto un intervento può risultare, bensì, realizzabile sotto il profilo tecnico, economico, giuridico, gestionale, ma non rivestire anche pubblico interesse, se comparato ad uno diverso, avente il medesimo oggetto, che si riveli maggiormente di pubblico interesse sotto (almeno) uno dei profili

indicati dall'art. 154 cit. (ad es., perché prevede tariffe più basse per l'utenza, una migliore accessibilità al pubblico, una qualità progettuale superiore, ecc.).

7.5. Ciò posto, la struttura del procedimento delineato non consente, in ogni caso, di tracciare una netta linea di confine tra le due sottofasi, che finiscono per sovrapporsi.

Ed invero, gli stessi elementi utilizzati per la valutazione della fattibilità di una proposta vengono in considerazione ai fini della valutazione della sua rispondenza al pubblico interesse, pur richiedendo un esame condotto su un piano diverso.

7.6. In effetti, al riguardo, si segnalano orientamenti interpretativi non univoci.

a) Secondo l'indirizzo da ritenersi prevalente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287; AVCP, det. 4 ottobre 2001, n. 20), sarebbe, comunque, configurabile una formazione progressiva della determinazione finale e, quindi, una scansione procedimentale in due sottofasi di valutazione: la prima, rientrante nell'ambito della discrezionalità tecnica e concernente la fattibilità degli interventi prospettati; la seconda, tipica della discrezionalità amministrativa 'pura' e concernente la rispondenza degli interventi medesimi al pubblico interesse (cfr. retro, sub n. 7.1-7.4).

In questo modo, non vengono incrinati i caratteri di unicità e globalità della procedura, in quanto le due sottofasi delineate dall'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006 confluiscono in un'unica valutazione di merito, che sfocia nella dichiarazione di pubblico interesse.

La duplice sottofase consente di ripartire le attività di istruttoria e di verifica dell'ammissibilità della proposta, che rientrano nella sfera tecnico-discrezionale demandabile ad una commissione giudicatrice all'uopo nominata, e quelle di valutazione della rispondenza della proposta medesima al pubblico interesse, che rientrano nella sfera puramente discrezionale, propria dell'organo di governo dell'ente procedente.

In tale articolazione procedimentale, la prima sottofase conduce alla valutazione di fattibilità della proposta, ma non ne implica, di per sé, ancora la sua suscettività di essere messa in gara, essendo la stessa

soggetta all'ulteriore vaglio, puramente discrezionale, di rispondenza al pubblico interesse.

Difatti, compito ultimo dell'amministrazione è quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare il pubblico interesse in funzione del quale il programma è stato concepito. Laddove una simile valutazione non può più essere "espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici; bensì costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura del pubblico interesse cui l'intervento è preordinato, analogamente a quanto avviene – per le procedure ordinarie – con la scelta (ovvero l'approvazione) del progetto sul quale interverrà la gara" (Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287).

Conseguentemente, la valutazione di pubblico interesse, anche sotto il profilo della comparazione di diverse proposte, costituisce momento essenziale della discrezionalità amministrativa 'pura', rispetto al quale l'apporto di soggetti terzi (segnatamente, di commissioni giudicatrici) è sempre di natura tecnico-consultiva, senza interferenze sulla discrezionalità; per modo che essa, appartenendo all'ente procedente, non può essere delegata ad un organo tecnico, con poteri vincolanti per detto ente.

b) Secondo altro indirizzo, da considerarsi minoritario, nemmeno sarebbe configurabile una sorta di analisi preliminare di fattibilità, distinta dalla valutazione globale della proposta, condotta sulla base di tutti gli elementi precisati nella norma, in quanto la valutazione di fattibilità coincide con la valutazione globale di quegli elementi, ne è la risultante, esprime in chiave riassuntiva e sintetica il giudizio tecnico, economico e finanziario cui è chiamata l'amministrazione (TAR Puglia, Bari, sez. I, 19 maggio 2004, n. 3877) (cfr. retro, sub n. 7.5).

L'identità degli elementi ai quali la norma ancora la valutazione di fattibilità della proposta con quelli che rappresentano il parametro della valutazione di pubblico interesse e l'unicità della procedura escluderebbero, quindi, un rapporto di pregiudizialità tra la fase della verifica di fattibilità e quella della verifica di rispondenza al pubblico interesse (TAR Toscana, Firenze, sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860).

8. Alla stregua delle considerazioni svolte – e sia che si aderisca alla prima tesi, illustrata retro, sub n. 7.6, lett. a, sia (ed anzi, tanto più) che si aderisca alla seconda tesi, illustrata retro, sub n. 7.6, lett. b –, diviene agevole inferire che, nell'ambito della procedura de qua, la dichiarazione

di pubblico interesse non è atto meramente confermativo o esecutivo; non si pone, cioè, come conseguenza necessaria e inevitabile della verifica preliminare di ammissibilità e fattibilità, ma, pur eventualmente recependone le risultanze e rientrando, comunque, nel medesimo iter procedimentale, implica nuovi ed autonomi apprezzamenti, che si sovrappongono, se non addirittura assorbono quelli precedenti.

Ed invero – come sopra rimarcato –, la verifica preliminare, espletata da un organo a carattere tecnico-consultivo (quale, nella specie, la commissione di valutazione), si atteggia in termini meramente 'propositivi', ossia di subprocedimento preparatorio e intermedio rispetto alla successiva verifica di rispondenza al pubblico interesse, con la quale l'organo di governo dell'ente, abilitato a discostarsi, se del caso, dagli esiti della cennata verifica preliminare, definisce l'intera fase di valutazione.

Con riguardo alla procedura di project financing sono, dunque, invocabili, in via analogica, i principi invalsi, segnatamente, in materia di procedure ad evidenza pubblica, atteso che, al pari dell'aggiudicazione provvisoria rispetto a quella definitiva, la valutazione di fattibilità – e, prima ancora, di ammissibilità – delle proposte riveste portata endoprocedimentale e servente rispetto alla (conclusiva) dichiarazione di pubblico interesse.

Quest'ultima determinazione – come l'aggiudicazione definitiva –, per la sua descritta connotazione, non è, quindi, esposta a caducazione automatica in ipotesi di accoglimento del ricorso avverso il solo atto conclusivo della sottofase di verifica di fattibilità, e, quindi, deve formare oggetto di apposito gravame, pena l'improcedibilità del ricorso stesso: in altri termini, l'omessa impugnazione dell'atto conclusivo dell'intera fase di valutazione delle proposte di project financing comporta la sopravvenuta carenza di interesse e, quindi, l'improcedibilità del ricorso, dal cui accoglimento il soggetto istante non potrebbe ritrarre alcun vantaggio concreto.

In questo senso, giova rammentare, in via generale, che, ove siano impugnati atti endoprocedimentali, sia pure connotati da immediata lesività, la mancata impugnazione del provvedimento conclusivo che attribuisce ad altri un'utilità rende improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il gravame proposto contro i primi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2003, n. 785; 26 giugno 2006, n. 4067; TAR Liguria, Genova, sez. I, 22 novembre 2005, n. 1517; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 aprile 2007, n. 3296; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 14 luglio 2007, n. 1637).

E, con particolare riguardo all'impugnazione di aggiudicazione provvisoria (assimilabile alla valutazione di ammissibilità e fattibilità della proposta di project financing) non sostenuta dalla successiva impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (assimilabile alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta di project financing), l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse trova fondamento nei seguenti argomenti:

- l'aggiudicazione provvisoria da parte della commissione di gara (atto di giudizio) costituisce soltanto una proposta per l'amministrazione appaltante, avente natura endoprocedimentale e funzione servente rispetto all'aggiudicazione definitiva (atto di volontà), cosicché l'annullamento giurisdizionale della sola aggiudicazione provvisoria, non facendo venire meno quella definitiva, non sarebbe di alcuna utilità al ricorrente (Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4769; 22 giugno 2006, n. 3851; sez. V, 6 febbraio, 2007, n. 484; 21 novembre 2007, n. 5925; sez. IV, 21 aprile 2008, n. 1773; sez. V, 7 maggio 2008, n. 2089; TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 marzo 2007, n. 78; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2008, n. 10014; 12 novembre 2008, n. 10052; cfr. TAR Valle d'Aosta, Aosta, 16 febbraio 2005, n. 24);

- l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto preparatorio ed endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre una irreversibile lesione dell'interesse dell'impresa non affidataria, la quale si verifica soltanto con l'aggiudicazione definitiva; per modo che la ditta non affidataria, se ha, da un lato, la mera facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, ha, d'altro lato, l'onere di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del ricorso esperito avverso la prima: una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva, l'interesse idoneo a sorreggere il gravame si sposta, infatti, dal giudizio sull'aggiudicazione provvisoria a quello sull'aggiudicazione definitiva, ed è nell'ambito di quest'ultimo giudizio che il concorrente può utilmente ottenere la tutela della propria posizione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2008, n. 5691; cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2003, n. 2074; 2 settembre 2005, n. 4464; 30 agosto 2006, n. 5076; TAR Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2006, n. 5318; sez. I bis, 6 febbraio 2008, n. 1069);

- l'aggiudicazione definitiva non è un atto meramente confermativo o esecutivo, ma un provvedimento che, sebbene possa recepire integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria e sia riconducibile

alla medesima sequenza procedimentale, comporta, comunque, una nuova ed autonoma valutazione delle norme e dei fatti di gara (Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2863; 30 ottobre 2003, n. 6762; 8 maggio 2004, n. 3465; 6 febbraio 2007, n. 484; TAR Campania, Napoli, sez. I, 27 febbraio 2004, n. 2449; Salerno, sez. I, 06 giugno 2006, n. 821; TAR Lazio Roma, sez. II, 7 marzo 2005, n. 1773; TAR Puglia, Bari, sez. I, 26 maggio 2005, n. 2478; Lecce, sez. II, 5 aprile 2006, n. 1837; 4 luglio 2006, n. 3710; Bari, sez. I, 27 novembre 2008, n. 2686; TAR Emilia Romagna Bologna, sez. II, 19 ottobre 2005, n. 1566); per modo che l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione provvisoria non arrecherebbe ormai alcun concreto vantaggio al ricorrente, il cui interesse sarebbe irrimediabilmente pregiudicato dal provvedimento sopraggiunto e non contestato (Cons. Stato, sez. IV, 21 aprile 2008, n. 1773; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 aprile 2007, n. 3296; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 4 agosto 2008, n. 3218).

9. Venendo ora, più nel dettaglio, all'esame della fattispecie dedotta in giudizio, occorre rilevare che:

- la commissione di valutazione per la scelta del promotore nella procedura di project financing de qua, in esito alla prequalificazione delle imprese candidate (cfr. verbale impugnato n. 1 del 23 maggio 2007) e all'esame individuale e comparativo delle relative proposte (cfr. verbali impugnati n. 2 del 29 giugno 2007; n. 3 del 25 luglio 2007; n. 4 del 27 luglio 2007; n. 5 del 25 settembre 2007), giudicava "meritevole della nomina quale promotore" la controinteressata Passarelli;

- il dirigente del IV dipartimento del Comune resistente, con la gravata determina del 30 ottobre 2007, n. 1360, approvava gli atti e i verbali della menzionata commissione di valutazione e dava atto che la proposta prescelta per la nomina del promotore era quella presentata dalla Passarelli;

- successivamente, con l'inoppugnata deliberazione n. 36 del 19 marzo 2009, la Giunta municipale del Comune di Sorrento dichiarava di pubblico interesse la proposta della citata Passarelli ed approvava "in linea tecnica il progetto preliminare proposto" e "in linea economico-finanziaria il piano proposto".

Da quanto sopra si evince, dunque, come tale ultimo provvedimento, adottato dall'organo di governo dell'ente locale, arrechi una diretta e concreta utilità alla controinteressata, si configuri a guisa momento conclusivo e indefettibile, non meramente confermativo, dell'iter

procedimentale espletato, rispetto al quale gli atti in precedenza adottati dalla commissione di valutazione e dal dirigente suindicati si connotano in termini di atti interinali e preparatori, e, oltre a recepire ed assorbire questi ultimi, sottenda valutazioni proprie, autonome e non surrogabili, anche in considerazione del fatto che alla commissione di valutazione era stato demandato (limitatamente al profilo tecnico) anche l'esame comparativo delle proposte, funzionale alla verifica di rispondenza al pubblico interesse (cfr. retro, sub n. 7.1 e 7.4), prerogativa, appunto, del predetto organo di governo.

10. L'omessa impugnazione, da parte ricorrente della citata deliberazione n. 36 del 19 marzo 2009 impone, pertanto, di dichiarare improcedibile il ricorso in epigrafe per sopravvenuta carenza di interesse.

Ed è appena il caso di soggiungere, a tal fine, che la formula di stile "ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale" non può, di certo, rivestire, per la sua estrema genericità, la portata di concreta e specifica impugnazione, suscettibile di individuare sufficientemente il petitum processuale cui estendere il gravame (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2001, n. 4820; sez. VI, 07 luglio 2003, n. 4037; sez. V, 16 settembre 2004, n. 6018; sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2389; sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6711; TAR Molise, Campobasso, 4 aprile 2003, n. 304; 28 agosto 2003, n. 663; TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2003, n. 5282; 20 dicembre 2004, n. 16654; 26 luglio 2007, n. 7013; sez. II, 15 settembre 2008, n. 8301; TAR Lombardia, Brescia, 15 luglio 2005, n. 758; Milano, sez. II, 18 novembre 2005, n. 4671; sez. IV, 22 febbraio 2007, n. 347; TAR Liguria, Genova, sez. I, 21 gennaio 2006, n. 51; sez. II, 13 giugno 2008, n. 1319; 13 novembre 2008, n. 1989; TAR Campania, Napoli, sez. VII, 12 aprile 2007, n. 3445; 12 dicembre 2007, n. 16210; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 14 novembre 2008, n. 2870).

11. Quanto alle spese e agli onorari di giudizio, considerata la peculiarità della questione esaminata, sussistono giusti motivi per disporre, tra le parti in causa, la compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sezione Ottava, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara improcedibile.

Compensa interamente tra le parti le spese, i diritti e gli onorari di lite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20/04/2009  
con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2009

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

IL SEGRETARIO