



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 4651 del 2008, proposto da:
Italgeco s.c.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico
Santonastaso, con domicilio eletto presso Domenico Santonastaso
in Napoli, via Salvator Rosa,299, avv. Franzino;

contro

Comune di S. Maria a Vico, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio
Palma, con domicilio eletto presso Antonio Palma in Napoli, via
Carlo Poerio n. 98;

nei confronti di

SE.RI. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Umberto Gentile,
Carlo Grillo, con domicilio eletto presso Umberto Gentile in
Napoli, via Melisurgo n. 4 - A.Abbamonte; Ing.Project S.r.l.,
rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Maria D'Angiolella, Flavio
Brusciano, con domicilio eletto presso Luigi Maria D'Angiolella in

Napoli, viale Gramsci n. 16; R.T.I. B.M. S.r.l., Generale Industrie Estrattive, General Sides S.p.A.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

PROCEDURA DI PROJECT FINANCING RELATIVA OPERE DI URBANIZZAZIONE: DELIBERA G.C. N.65 DEL 24.6.2008.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di S. Maria a Vico;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale di SE.RI. S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ing. Project S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2010 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

1. Col ricorso in epigrafe, notificato il 2 settembre 2008 e depositato il 16 settembre 2008, la ITALGECO s.c.r.l. impugnava i seguenti atti, relativi alla procedura di project financing indetta dal Comune di Santa Maria a Vico con avviso pubblico del 26 aprile 2007 (prot. n. 5899) ed avente per oggetto "Piano urbanistico attuativo – Realizzazione piano di insediamenti produttivi con opere di urbanizzazione ed acquisizioni aree": a) deliberazione della giunta comunale di Santa Maria a Vico n. 65 del 24 giugno 2008,

concernente “interventi da realizzare con project financing – valutazione fattibilità delle proposte – determinazioni”; b) tutti gli atti connessi, in preordine e consequenziali, ivi compresi i verbali n. 7 del 7 aprile 2008 e n. 8 del 16 aprile 2008, redatti dalla commissione deputata all’istruttoria e alla valutazione delle proposte relative agli interventi da realizzare con la procedura di project financing, nonché il menzionato avviso pubblico, laddove fosse interpretato nel senso di prevedere l’esclusione delle proposte prive di tavole progettuali relative alla costruzione di manufatti.

2. Alla luce delle allegazioni e delle produzioni documentali effettuate in giudizio, la vicenda cui si riferisce l’esperito gravame è, in sintesi, la seguente.

2.1. La controversa procedura di project financing, dacché avviata il 26 aprile 2007, veniva espletata nel vigore della disciplina anteriore alle modifiche apportate dagli artt. 1, comma 1, lett. s, del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e 1 del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, agli artt. 153 ss. del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Oggetto della predetta procedura selettiva era, segnatamente, l’individuazione del soggetto promotore dell’iniziativa di realizzazione di un piano per insediamenti produttivi con opere di urbanizzazione ed acquisizioni di aree, con importo indicativo quantificato in € 9.782.959.

Il relativo avviso pubblico precisava, inoltre, essere “interesse dell’amministrazione comunale ... acquisire eventuali proposte aggiuntive che tengano conto delle realizzazioni dei manufatti edili per l’intera zona”.

Con nota esplicativa dell'11 giugno 2007, prot. n. 8423, il Comune di Santa Maria a Vico enunciava, altresì, i criteri di valutazione delle proposte in competizione, così articolandoli: - "valore tecnico-estetico dell'opera", con punteggio massimo pari a 40 ("urbanistico ed ambientale, costruttivo e della qualità progettuale": 0-20 punti; "funzionalità e accessibilità al pubblico": 0-10 punti; "tempi di ultimazione lavori": 0-10 punti); - "piano gestionale e fruibilità dell'opera", con punteggio massimo pari a 30 ("modalità di gestione": 0-15 punti; "tariffe e modalità di aggiornamento delle stesse": 0-10 punti; "fruibilità dell'opera": 0-5 punti); - "piano economico-finanziario", con punteggio massimo pari a 30 ("rendimento e valorizzazione dell'area": punti 0-15; "costo di gestione e manutenzione": punti 0-10; "durata della concessione": punti 0-5).

2.2. In sede di esame comparativo ex art. 154 del d.lgs. n. 163/2006, la commissione all'uopo designata, nella seduta del 7 aprile 2008 (verbale n. 7) rilevava, con riferimento al subcriterio inerente al valore "urbanistico ed ambientale, costruttivo e della qualità progettuale", che la proposta presentata dalla ITALGECO contemplava "solo la realizzazione delle opere infrastrutturali senza la previsione della realizzazione dei manufatti edili".

Successivamente, nella seduta del 16 aprile 2008 (verbale n. 8), sulla base di tale rilievo, reputava priva di pubblico interesse detta proposta ed ometteva quindi di attribuirle punti in corrispondenza non solo al criterio "valore tecnico-estetico dell'opera" (comprensivo del subcriterio inerente al valore "urbanistico ed ambientale, costruttivo e della qualità progettuale"), ma anche ai

criteri "piano gestionale e fruibilità dell'opera" e "piano economico-finanziario" (cfr. verbale n. 9, relativo alla seduta del 28 aprile 2008). Infine, nella seduta del 4 giugno 2008 (verbale n. 10), tenuto conto dei punteggi attribuiti ai tre partecipanti (ATI SE.RI. s.p.a. – Ing. Project s.r.l.: 51; RTI B.M. s.r.l. – Generale Industrie Estrattive General Sides s.p.a.: 30; ITALGECO: 0) alla procedura selettiva, individuava quale proposta di pubblico interesse quella presentata dall'ATI SE.RI. – Ing. Project.

2.3. Nel recepire le conclusioni raggiunte dalla commissione di valutazione, la giunta comunale di Santa Maria a Vico, con la gravata deliberazione n. 65 del 24 giugno 2008 stabiliva che la proposta della ricorrente "prevede unicamente la realizzazione delle opere infrastrutturali senza la previsione della realizzazione dei manufatti edili" nella zona industriale interessata e che, "per quanto sopra, debba essere ritenuta, allo stato, priva di pubblico interesse".

3. In relazione alle vicende dianzi illustrate, venivano rassegnate, col ricorso in epigrafe, le seguenti doglianze avverso le determinazioni assunte dall'amministrazione intimata.

1. Violazione degli artt. 7, comma 1, e 8 della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Il Comune di Santa Maria a Vico avrebbe illegittimamente omesso di comunicare alla ricorrente il momento di avvio della fase endoprocedimentale concernente l'esame delle proposte di project financing pervenute, così impedendole di formulare osservazioni in ordine alla propria posizione.

2. Eccesso di potere. Travisamento dei fatti. Conseguenziale violazione della lex specialis.

Avrebbe, altresì, erroneamente ricollegato effetti escludenti alla clausola dell'avviso indicativo che, accanto alle opere di urbanizzazione, prevedeva, in via meramente eventuale, la costruzione di manufatti edili in zona industriale, neppure contemplata nel progetto preliminare posto a base della competizione. E, alla stregua di tale erronea interpretazione, avrebbe illegittimamente estromesso dall'esame comparativo la proposta della ITALGECO, per il solo fatto della non rilevabilità in essa dei manufatti in parola, senza, peraltro, consentire alla menzionata società partecipante di fornire ragguagli integrativi circa la possibilità di realizzare anche questi ultimi.

Accreditando un simile approccio ermeneutico-applicativo, avrebbe, per di più, del tutto disatteso la stima degli interventi programmati (€ 9.782.959), sproporzionatamente incrementata dalla previsione aggiuntiva dei manufatti edili.

3. Violazione del principio dell'affidamento, del principio della buona fede e dei canoni di correttezza. Conseguenziale eccesso di potere, irrazionalità e arbitrarietà.

La ricorrente, all'art. 29 (Tariffe) dell'esibita bozza di convenzione, aveva, comunque, dichiarato la propria disponibilità a "realizzare i manufatti insistenti sulle singole aree ad un prezzo di € 800,00 al mq. costruito", "per soddisfare le esigenze degli assegnatari dei singoli lotti urbanizzati".

Siffatta soluzione propositiva, pur risultando, rispetto a quelle fornite dagli altri partecipanti, la più aderente alla valenza meramente eventuale assegnata dall'avviso pubblico alla previsione

dei manufatti industriali, sarebbe stata l'unica ad essere irragionevolmente esclusa proprio in virtù di tale previsione.

4. Violazione dei principi di evidenza pubblica, di trasparenza, di massima concorrenzialità e di par condicio. Conseguenziale contraddittorietà.

Come già evidenziato nel secondo motivo, l'amministrazione comunale, in omaggio ai principi di par condicio, di favor participationis e di affidamento, avrebbe dovuto consentire alla ITALGECO di integrare la propria proposta con la previsione di manufatti industriali, sulla scorta dei prezzi comunque indicati all'art. 29 della rassegnata bozza di convenzione.

5. Violazione e/o malintesa applicazione della normativa inerente all'istituto del promotore.

L'istituto del project financing sarebbe applicabile soltanto alla realizzazione di opere di urbanizzazione, che rivestono carattere pubblico, e non anche alle opere private contemplate nel piano per insediamenti produttivi, il quale, ai sensi dell'art. 27 della l. 22 ottobre 1971, n. 865, pur annoverandosi tra gli strumenti attuativi di iniziativa pubblica, rappresenterebbe precipuamente uno strumento di incentivazione economica delle imprese.

4. Costituitisi sia il Comune di Santa Maria a Vico sia la SE.RI. sia la Ing. Project, eccepivano l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame esperito ex adverso, del quale chiedevano, quindi, il rigetto.

5. La controinteressata SE.RI., con atto notificato il 15 ottobre 2008 e depositato il 18 ottobre 2008, spiegava, altresì, ricorso incidentale avverso l'ammissione della ITALGECO alla procedura di project financing.

A sostegno della proposta impugnazione incidentale, formulava le seguenti doglianze.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 152 ss. del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per presupposti erronei.

La ricorrente principale ITALGECO non avrebbe presentato una formale proposta ai fini della partecipazione all'indetta procedura di project financing, provenendo quella ivi prodotta unicamente da Creditalia Sviluppo Impresa s.p.a., con essa neppure riunita in associazione temporanea.

2. Ulteriore violazione degli artt. 152 ss. del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.s

La ITALGECO non sarebbe in possesso di requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali adeguati all'intervento da realizzare.

6. Alla camera di consiglio del 29 settembre 2008, la proposta istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 2534/2008, così motivata: "il ricorso non appare assistito da apprezzabili elementi di fondatezza tali da deporre per una favorevole definizione nel merito vista la incompletezza della proposta avanzata dalla ricorrente ed il giudizio negativo riportato all'esito della valutazione preliminare".

7. Tale decisione cautelare, appellata dalla ITALGECO, era riformata dalla Sezione IV del Consiglio di Stato, alla camera di consiglio del 9 gennaio 2009, con ordinanza n. 41/2009, sulla base della seguente motivazione: "letta ... la previsione (contenuta nell'avviso di project financing) con la quale l'amministrazione comunale, 'in relazione all'opera del presente avviso' (Piano urbanistico attuativo – Realizzazione piano insediamenti produttivi

con opere di urbanizzazione ed acquisizione di aree), ha manifestato 'interesse' ad 'acquisire eventuali proposte aggiuntive che tengano conto delle realizzazioni dei manufatti edili per l'intera gara' ... allo stato ... un tale elemento (che ha indotto la commissione di gara a dare una valutazione negativa della proposta della istante, apparsa 'priva di pubblico interesse') non pare possa assumere, nell'ambito di un procedimento di affidamento di lavori mediante il sistema di project financing (che presenta aspetti problematici in relazione alla predisposizione di un p.i.p. ex art. 27 della l. n. 865/1971, con relative opere di urbanizzazione), una connotazione determinante al fine della valutazione delle proposte presentate, dal momento che 'la proposta aggiuntiva' è considerata 'eventuale', e quindi estranea all'oggetto dell'avviso, quale chiaramente enunciato da questo con il relativo importo di € 9.782.959,00".

8. Successivamente, in esito all'udienza pubblica del 16 dicembre 2009, questa Sezione, onde scrutinare la contestata legittimazione della ricorrente principale ITALGECO, disponeva, con ord. coll. n. 809/2009, l'acquisizione dell'intera documentazione dalla stessa esibita all'amministrazione resistente in sede di presentazione della propria proposta di project financing.

Il prescritto incumbente istruttorio veniva assolto dalla costituita amministrazione comunale mediante deposito della richiesta documentazione, avvenuto il 13 gennaio 2010.

9. All'udienza pubblica del 24 marzo 2010, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In rito, il Collegio ritiene di dover anteporre, nell'ordine di trattazione delle questioni, quelle rivenienti dal ricorso incidentale spiegato dalla SE.RI.

Esse vanno esaminate dapprima, versandosi in ipotesi in cui la controinteressata SE.RI., nell'ambito di una procedura selettiva con almeno tre proposte ammesse, ha dedotto in via incidentale l'illegittimità dell'atto di ammissione della ricorrente principale (ITALGECO), ha, cioè, contestato in radice la prequalificazione di quest'ultima, ossia la sua stessa legittimazione a gravare dinanzi all'adito giudice amministrativo il prosieguo della procedura (fino all'esame comparativo delle proposte di project financing).

In una simile ipotesi, ove il gravame incidentale della SE.RI. venisse accolto: a) la ricorrente principale (ITALGECO), che risultasse aver presentato una proposta invalida alla stregua di una statuizione giurisdizionale pronunciata incidentalmente, non potrebbe più essere annoverata tra i partecipanti alla procedura selettiva e non potrebbe conseguire non solo la designazione come soggetto promotore, ma neppure la ripetizione della procedura, poiché l'amministrazione resistente – salvo l'esercizio del potere di autotutela – non potrebbe che prendere in considerazione la proposta o le proposte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili; b) il ricorso principale sarebbe, dunque, improcedibile per sopravvenuta carenza di legittimazione e di interesse ad agire, siccome esperito da impresa che, in conseguenza dell'accoglimento di quello incidentale, non potrebbe più veder valutata la propria proposta e non potrebbe, quindi, ritrarre qualsivoglia utilità dal favorevole esito della propria impugnazione

(cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2006, n. 3689; sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265; sez. V, 20 maggio 2008, n. 2380).

In tale prospettiva, il ricorso incidentale costituisce, dunque, una eccezione in senso tecnico, che, se accolta, precluderebbe l'esame del ricorso principale, senza condurre all'annullamento dell'atto impugnato (Cons. Stato, ad. plen., 10 novembre 2008, n. 11).

Pertanto, quando – come, appunto, nel caso in esame – il gravame incidentale contesta la legittimazione del ricorrente principale, il giudice è chiamato a vagliare dapprima le questioni sollevate dal ricorrente incidentale, che rivestono priorità logica rispetto a quelle sollevate da quello principale, tali essendo quelle che si riverberino sull'esistenza di una condizione dell'azione (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2007, n. 2356; 14 aprile 2008, n. 1611; sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1750; sez. V, 17 luglio 2008, n. 3573; sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4686).

2. Nel merito, destituito di fondamento fattuale si rivela il primo motivo di impugnazione incidentale.

A differenza di quanto assume la SE.RI., e come emerge perspicuamente dalla documentazione esibita in sede concorsuale al Comune di Santa Maria a Vico e da quest'ultimo depositata in giudizio il 13 gennaio 2010 in esecuzione dell'ord. coll. n. 809/2009, la proposta presentata in virtù dell'avviso indicativo del 26 aprile 2007 (prot. n. 5899) è appieno imputabile alla ricorrente principale, essendosi Creditalia limitata alla sola materiale predisposizione e consegna della stessa.

Più in dettaglio, dalla cennata documentazione risulta che:

- l'atto di presentazione della proposta reca il timbro della ITALGECO ed è sottoscritto dal legale rappresentante della medesima (Liquori Salvatore);
- così come recano il timbro della ITALGECO e la firma del legale rappresentante della medesima le varie tavole di cui si compone la relativa proposta (relazione generale, relazione illustrativa, relazione tecnica, studio di inquadramento territoriale e ambientale, studio di prefattibilità ambientale, studio di fattibilità, indagini geologiche, idrogeologiche ed ambientali preliminari, cronoprogramma dei lavori, calcolo sommario della spesa, quadro economico, capitolato speciale prestazionale, prime indicazioni in materia di sicurezza, ecc.);
- con l'allegata scrittura privata del 21 giugno 2007 la ITALGECO ha delegato Creditalia a rappresentarla "per tutto quanto dovesse occorrere relativamente all'espletamento della presentazione dell'iniziativa di realizzazione e gestione del piano insediamento produttivo, con opere di urbanizzazione ed acquisizione aree secondo la tecnica del project financing";
- il piano economico-finanziario e la bozza di convenzione, entrambi materialmente redatti a cura di Creditalia, recano sul frontespizio la dicitura "per conto della società proponente" con in calce il timbro della ITALGECO e la firma del relativo legale rappresentante.

3. Va, del pari, disatteso il secondo motivo di ricorso incidentale, in quanto del tutto generico e apodittico nell'adombrare una imprecisata inidoneità economico-finanziaria e tecnica della ITALGECO, a fronte, peraltro, del possesso di attestazione SOA di

qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici per categorie e classifiche congrui rispetto agli interventi programmati.

4. Alla stregua di quanto sopra, il gravame incidentale esperito dalla SE.RI. va respinto.

5. A questo punto, è possibile passare all'esame del ricorso principale proposto dalla ITALGECO.

6. In limine, prive di pregio sono le eccezioni di inammissibilità sollevate dalle parti controinteressate.

6.1. Sostengono, innanzitutto, la SE.RI. e la Ing. Project che il ricorso principale avrebbe dovuto essere notificato anche alla seconda, mandante dell'ATI tra loro costituenda. Soggiungono che il medesimo ricorso principale avrebbe dovuto essere notificato, oltre che alla B.M., anche alla Generale Industrie Estrattive General Sides, mandante del RTI costituendo con la prima.

A confutazione di tale assunto, e in disparte il rilievo che la Ing. Project si è regolarmente costituita e difesa in giudizio con memoria depositata il 29 settembre 2008, il Collegio ritiene di dover aderire all'indirizzo accreditato da TAR Lazio, Roma, sez. III quater, 29 aprile 2009, n. 4401.

Al riguardo, è stato esattamente rilevato che, "anche con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese non ancora formalmente costituiti, che la legge ha ammesso a partecipare alle gare ... vale il principio secondo cui gli adempimenti non specificamente prescritti con riguardo alle singole imprese partecipanti vanno riferiti all'impresa mandataria, quale punto di riferimento unitario del costituendo raggruppamento" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2002, n. 2716).

E da quest'ultimo principio, che identifica nell'impresa capogruppo il punto di riferimento unitario di una costituenda ATI, e dal suo fondamento giuridico, costituito dall'essere dotata – la capogruppo – di uno speciale potere di rappresentanza conferitole dalle imprese raggruppande attraverso l'impegno a stipulare mandato collettivo speciale (art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006), da intendere, più esattamente, come contratto preliminare di mandato sottoposto a condizione risolutiva nel caso di mancata realizzazione dell'evento dell'aggiudicazione del contratto in favore dello stesso costituendo raggruppamento temporaneo (TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 11 giugno 2008, n. 1181), si deduce che la notifica del ricorso all'impresa capogruppo di un'ATI, si rivela sufficiente al fine dell'esatta instaurazione del contraddittorio e della valida instaurazione del giudizio.

Infatti, assumendo quest'ultima il ruolo di 'punto di riferimento' dell'ATI costituenda, la notifica di un ricorso nei soli suoi confronti deve essere ritenuta idonea all'instaurazione del giudizio nei confronti di tutte le imprese associande.

Del resto, così come la giurisprudenza amministrativa ha costantemente ammesso la possibilità di impugnativa da parte di una sola impresa partecipante a un'ATI costituenda (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2008, n. 214; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 4 dicembre 2007, n. 1962) in ragione del vincolo che astringe le imprese raggruppande – rilevabile dalla scrittura privata contenente l'impegno ad associarsi –, correlativamente deve ritenersi che la notificazione di un ricorso nei confronti dell'impresa capogruppo e mandataria di una costituenda ATI sia da ritenere sufficiente ai fini

dell'adempimento delle formalità previste dall'articolo 21 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

6.2. Neppure coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse proposta dalla Ing. Project in base alla considerazione che la ITALGECO rivestirebbe la posizione di terza classificata e che, quindi, non avrebbe dato prova di resistenza circa la possibilità di essere individuata come soggetto promotore in caso di accoglimento dell'esperito gravame.

Occorre, infatti, rimarcare che la ricorrente principale contesta, con la seconda, terza e quarta delle censure riportate retro, in narrativa, sub n. 3, l'omessa valutazione della sua proposta di project financing (risultata destinataria di un punteggio pari a zero, e cioè, in sostanza, non apprezzata); valutazione che, ove effettuata in seguito ad eventuale accoglimento di una o più delle predette censure, potrebbe, in ipotesi, condurre a riclassificare la ITALGECO al primo posto della graduatoria dei soggetti in competizione.

Ed occorre, altresì, rimarcare che la ricorrente principale manterrebbe, comunque, l'interesse a far valere la prima ed la quinta delle censure riportate retro, in narrativa, sub n. 3, volte a denunciare vizi inficianti l'intera procedura di project financing, ossia l'interesse strumentale a veder completamente travolta quest'ultima e ad ottenerne, quindi, la ripetizione.

7. Venendo ora al merito del gravame principale, possono scrutinarsene congiuntamente il secondo, terzo e quarto motivo, stante la loro stretta interrelazione reciproca.

Con riguardo alla loro fondatezza, il Collegio ritiene di dover riconsiderare, alla stregua di un più approfondito esame delle

questioni dedotte, nonché alla luce dell'indirizzo accreditato dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare, le conclusioni raggiunte dalla Sezione nella sede di sommaria deliberazione del *fumus boni iuris*, con la riformata ordinanza n. 2534/2008.

7.1. Innanzitutto, la contestata determinazione di non valutare la proposta della ITALGECO collide col tenore letterale della clausola dell'avviso pubblico del 26 aprile 2007 (prot. n. 5899), mediante la quale l'amministrazione resistente ha manifestato il proprio interesse ad "acquisire eventuali proposte aggiuntive che tengano conto delle realizzazioni dei manufatti edili per l'intera zona".

Le soluzioni concernenti anche la costruzione di manufatti edili nella zona industriale attinta dal piano per insediamenti produttivi rivestivano, infatti, per espressa e inequivoca indicazione della predetta clausola, carattere 'eventuale' e 'aggiuntivo' rispetto al contenuto primario e indefettibile dell'iniziativa di project financing, puntualmente individuato, in sede di "descrizione dell'opera" riportata in premessa al citato avviso pubblico, nella realizzazione di opere di urbanizzazione, oltre che nell'acquisizione delle aree all'uopo necessarie.

Nello stesso senso depongono, poi, sia la circostanza – incontestata da parte resistente e controinteressata – che il progetto preliminare posto a base dell'espletata procedura selettiva non prevede la costruzione dei manufatti edili de quibus, sia la circostanza – del pari incontestata da parte resistente e controinteressata – che un simile intervento aggiuntivo comporterebbe un incremento dell'importo stimato dell'iniziativa (€ 9.782.959) tanto consistente da comprovare inconfutabilmente come esso non rientrasse

nell'oggetto programmato del project financing, ma ne costituisse, al più, una variabile facoltativa e complementare, apprezzabile come tale dall'amministrazione comunale.

7.2. Sul piano sostanziale e teleologico, l'approccio ermeneutico dianzi accreditato trova riscontro nella impossibilità di ricondurre tout court alla categoria dei lavori pubblici o di pubblica utilità ex art. 153 del d.lgs. n. 163/2006 la realizzazione di impianti a carattere industriale, artigianale, commerciale e turistico all'interno di una zona assoggettata ad un piano per insediamenti produttivi.

Ed invero, trattasi di opere private, le quali, nell'ambito di uno strumento urbanistico già di per sé sotteso all'incentivazione dell'iniziativa economica delle imprese (Cons. stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 901), non possono non assumere valenza accessoria rispetto ai lavori pubblici o di pubblica utilità precipuamente identificabili negli interventi di urbanizzazione (strade, parcheggi, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, spazi a verde attrezzato, attrezzature sanitarie, ecc.).

Seppure, cioè, – a dispetto di quanto argomentato dalla ricorrente nella quinta censura riportata retro, in narrativa, sub n. 3 – il modulo del project financing fosse compatibile col piano per gli insediamenti produttivi, alle opere private da quest'ultimo contemplate non sarebbe, di certo, ricollegabile quell'interesse pubblico preminente e qualificante ravvisato dal Comune di Santa Maria a Vico nell'ambito della complessiva iniziativa programmata.

7.3. Le superiori considerazioni inducono, dunque, a ritenere che l'amministrazione resistente abbia illegittimamente annesso effetto escludente alla mancata previsione di manufatti edili nella zona

industriale attinta dal piano per gli insediamenti produttivi, erroneamente identificando e riducendo a tale intervento l'interesse pubblico perseguito con l'espletata procedura selettiva.

Con le determinazioni impugnate, il Comune di Santa Maria a Vico ha, in particolare, assolutizzato quella che, in sede di esame comparativo delle proposte presentate, avrebbe dovuto essere una mera componente di un elemento valutativo prefissato con la nota esplicativa dell'11 giugno 2007, prot. n. 8423 (cfr. retro, in narrativa, sub n. 2.1), ossia del subcriterio inerente al valore "urbanistico ed ambientale, costruttivo e della qualità progettuale". E, anziché attribuire a quest'ultimo un punteggio pari a zero, entro il prestabilito range 0-20, si è, in sostanza, astenuto dall'apprezzare la proposta della ITALGECO, limitandosi a qualificarla "priva di pubblico interesse", e così riconnettendo alla clausola dell'avviso indicativo sulla costruzione dei manufatti industriali una portata esorbitante rispetto a quella emergente dal suo tenore letterale, nonché dal suo inquadramento sistematico e teleologico.

7.4. In proposito, non sfugge al Collegio che – come eccepito dalla SE.RI. –, in materia di project financing, nel valutare la rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'amministrazione esercita 'in alto grado' (ovvero con 'massimo margine') il proprio potere discrezionale: la procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui l'amministrazione, dopo aver valutato le proposte presentate, provvede a individuare quelle che ritiene di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a proprie scelte interne, tenendo

conto dei vari aspetti economici e tecnici rilevanti (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741).

Il Collegio, tuttavia, nemmeno ignora che, ovviamente, ciò non esclude il proprio sindacato di legittimità, sia pure nei confini tipici che una siffatta qualificazione del potere esercitato, come noto, comporta (manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, errori di fatto) (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, cit.).

Così come non ignora che, sebbene la fase di valutazione di rispondenza delle proposte al pubblico interesse non soggiaccia ai principi ed alle regole dell'evidenza pubblica, ma solo alla disciplina generale del procedimento amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287), l'attività amministrativa deve, comunque, svolgersi, anche in tale fase, all'insegna dei criteri di par condicio e trasparenza, che sono immanenti alla stessa natura paraconcorsuale della procedura di scelta del promotore, volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione (cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 29 gennaio 2007, n. 7; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 8 maggio 2008, n. 434; TAR Campania, Napoli, sez. I, 12 settembre 2008, n. 10100).

D'altronde, in disparte la generale operatività dei principi di imparzialità e trasparenza enunciati dall'art. 1, comma 1, della l. n. 241/1990 (e immanenti all'art. 97 Cost.), l'art. 152 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce espressamente che alle procedure di project financing si applicano, in ogni caso, le disposizioni della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici), nonché, "in quanto non incompatibili" con la disciplina specifica

dettata per le menzionate procedure, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari) del codice dei contratti pubblici. Con la conseguenza che le procedure in parola non possono dirsi sottratte ai principi ed alle regole (segnatamente, consacrati nell'art. 2 e sviluppati negli artt. 28 ss. del d.lgs. n. 163/2006) di par condicio e trasparenza.

A tali principi e regole vanno affiancati quelli di favor participationis e di tutela dell'affidamento, che pure presiedono alle procedure ad evidenza pubblica, assimilabili – come accennato – a quella paraconcorsuale di scelta del soggetto promotore del project financing.

7.5. Ciò posto, appare evidente che, nella specie, la condotta tenuta dal Comune di Santa Maria a Vico nei confronti della ricorrente si sia sostanziata in una violazione dei principi e delle regole sopra enucleati.

In particolare:

a) collide con i canoni di par condicio e trasparenza l'aver convertito ex post un elemento della proposta (previsione di costruzione di manufatti industriali), configurato solo come 'eventuale' ed 'aggiuntivo' dalla lex specialis (e non contemplato in sede di elaborazione del progetto preliminare e di quantificazione dell'importo stimato dell'intervento), in fattore qualificante la rispondenza della proposta medesima all'interesse pubblico, al punto da considerare non valutabili quelle che – come, appunto, nel caso della ITALGECO – ne risultassero sprovviste;

b) collide, altresì, con i canoni sopra indicati l'aver attribuito, con effetto abnormemente penalizzante, un punteggio pari a zero alla ricorrente, nonostante la preventiva enucleazione di molteplici criteri di apprezzamento, tra cui il cennato elemento integrativo della proposta costituiva soltanto una componente (cfr. nota esplicativa dell'11 giugno 2007, prot. n. 8423: retro, sub n. 7.3);

c) tradisce il legittimo affidamento ingenerato nell'impresa candidata dal tenore dell'avviso pubblico del 26 aprile 2007 (prot. n. 5899) circa la valenza tutt'altro che prioritaria e tassativa di un aspetto (previsione di costruzione di manufatti industriali) dell'iniziativa di project financing l'aver ricollegato a quest'ultimo la rispondenza della proposta all'interesse pubblico;

d) inficia il favor participationis il non aver consentito alla ITALGECO di integrare la propria proposta nella parte risultata insufficientemente dettagliata.

I rilievi sub a e b denotano, dunque, la fondatezza del secondo motivo, mentre i rilievi sub c e d denotano, rispettivamente, la fondatezza del terzo e quarto motivo di ricorso.

7.6. Quanto, segnatamente, al punto enucleato retro, sub n. 7.5, lett. c, è appena il caso di soggiungere che la ricorrente, nel manifestare la propria disponibilità a "realizzare i manufatti insistenti sulle singole aree ad un prezzo di € 800,00 al mq. costruito", "per soddisfare le esigenze degli assegnatari dei singoli lotti urbanizzati" (art. 29 dell'esibita bozza di convenzione), si era correttamente attenuta al dettato della lex specialis, avendo reputato una mera eventualità la realizzazione di manufatti edili nella zona industriale

attinta dall'intervento programmato e non essendosi, quindi, soffermata a fornire ragguagli approfonditi in ordine a tale aspetto.

7.7. Conseguentemente, avendo inteso dilatare – a dispetto dell'affidamento ingenerato nell'impresa candidata – la portata della previsione sui manufatti industriali oltre quella riveniente dall'oggettivo contenuto della disciplina dell'espletata procedura selettiva, l'amministrazione resistente, in omaggio al principio del favor participationis richiamato retro, sub n. 7.5, lett. d, avrebbe dovuto, comunque, consentire alla ITALGECO di integrare la propria proposta con i ragguagli necessari a valutare la programmata realizzazione di manufatti industriali, ossia con elementi non qualificati come essenziali dalla lex specialis.

D'altronde, la possibilità di un'integrazione della proposta su richiesta dell'amministrazione costituisce manifestazione del carattere marcatamente 'collaborativo' della procedura di scelta del promotore, finalizzata a individuare la proposta più rispondente all'interesse pubblico. In tale prospettiva, non sono, pertanto, ravvisabili stringenti limitazioni alle carenze cui sia l'amministrazione con apposita richiesta sia l'impresa candidata con apporto spontaneo possono ovviare attraverso la menzionata integrazione (cfr. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 30 giugno 2004, n. 1358; Catania, sez. III, 5 ottobre 2007, n. 1597; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 1° agosto 2005, n. 3884).

8. In considerazione dell'accoglimento della seconda, terza e quarta delle censure riportate retro, in narrativa, sub n. 3, cui corrisponde l'interesse della ricorrente a veder apprezzata la propria proposta, possono ritenersi assorbite la prima e la quinta, in quanto dirette a

denunciare vizi inficianti l'intera procedura di project financing, ossia a far valere il subordinato e più attenuato interesse strumentale a veder completamente travolta quest'ultima (ivi compresa la propria partecipazione ad essa) e ad ottenerne, quindi, la ripetizione.

9. In conclusione, stante l'accertata fondatezza dei motivi scrutinati retro, sub n. 7, il ricorso in epigrafe deve essere accolto e, di conseguenza, vanno annullati gli atti con esso impugnati, nella parte in cui dispongono, con sostanziale effetto espulsivo, la non valutabilità della proposta della ITALGECO per non rispondenza all'interesse pubblico.

10. Quanto alle spese di lite, esse devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico delle parti resistenti e controinteressate. Dette spese vanno liquidate in favore della ricorrente in complessivi € 4.500,00, da ripartirsi nella egual misura di € 1.500,00 a carico, rispettivamente, del Comune di Santa Maria a Vico, della SE.RI. s.p.a. e della Ing. Project.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania – Sezione Ottava, definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso principale proposto dalla ITALGECO s.c.r.l. e per l'effetto annulla, nei sensi di cui in motivazione, gli atti con esso impugnati;
- respinge il ricorso incidentale proposto dalla SE.RI. s.p.a.;
- condanna il Comune di Santa Maria a Vico, la SE.RI. s.p.a. e la Ing. Project s.r.l. al pagamento, in favore della ITALGECO s.c.r.l., delle spese, dei diritti e degli onorari di lite, che si liquidano in

complessivi € 4.500,00, da ripartirsi tra le predette parti soccombenti nella egual misura di € 1.500,00 a carico di ciascuna.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Olindo Di Popolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2010

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

IL SEGRETARIO