



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 454/07, proposto da: Itec di Mattarollo s.r.l. e Azzurra s.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Alfredo Bigini e Augusto Cangiano, con domicilio eletto presso il secondo in Trieste, via Valdirivo, n. 34;

contro

Comune di Codroipo, rappresentato e difeso dall'avv. Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso lo stesso in Trieste, via Filzi, n. 8;

nei confronti di

Centro Nuoto Codroipo Ass. Sportiva Dilettantistica, rappresentato e difeso dagli avv. Viviana De Grisogono e Gabriele Maso, con domicilio eletto presso la prima, in Trieste, via Donota, n. 4;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della Nota Dirigenziale n. 26032 del 17.9.2007, del Comune di Codroipo con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione, in via definitiva, in favore dell'odierna controinteressata;

- della Nota Dirigenziale n. 26877 del 20.9.2007, del Comune di Codroipo con la quale è stata comunicata l'approvazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della riferita procedura;
- della Determinazione dei Servizi Tecnici Comunali del Comune di Codroipo n. 340 del 11.9.2007, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, in favore della controinteressata, la riferita gara;
- del Verbale della seduta della Commissione di gara, nel corso della quale è stata deliberata l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata;
- in parte qua, del Disciplinare di gara del 23.2.2007, nella parte in cui è stato previsto il diritto di prelazione, in favore del promotore,
- in parte qua, dell'invito comunale a procedura negoziata del 28.5.2007, n. 14654, nella parte in cui, è stato previsto che il promotore ha diritto di prelazione sull'affidamento della concessione alle stesse condizioni dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- in parte qua, della nota comunale del 9.8.2007, n. 22684, nella parte in cui il Comune ha rappresentato che al promotore dell'opera spetta il diritto di prelazione, assegnando, per l'effetto, al C.N.C. il termine di legge per esercitare il medesimo diritto;
- in parte qua, del verbale di gara n. 6 del 9.8.2007, nella parte in cui è stato statuito che al promotore spetta il diritto di prelazione alle stesse condizioni dell'offerta economicamente più vantaggiosa, demandando al Dirigente comunale competente l'espletamento delle successive incombenze..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Centro Nuoto Codroipo Ass. Sportiva Dilettantistica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23/01/2008, il cons. Rita De Piero, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Le Società ricorrenti, costituite in A.T.I., rappresentano che il Comune di Codroipo ha indetto, ai sensi della L.r. n. 20/99, una procedura in project financing per l'affidamento in concessione dei lavori di ampliamento della piscina comunale, la riqualificazione dei relativi spazi esterni e la gestione della piscina stessa, senza far precedere la fase di individuazione della proposta da porre a base della gara per individuare i competitori (che, successivamente, si sarebbero posti in concorrenza col promotore) da alcuna fase di pubblicità, con la quale, secondo la prospettazione della ricorrente A.T.I., la P.A. avrebbe dovuto manifestare la propria intenzione di ricevere proposte per la realizzazione dell'opera.

Sarebbe, in sostanza, mancata quella fase della procedura che la legge nazionale (D.Lg. 163/06, art. 153) denomina "avviso indicativo", con il quale la P.A. rende noto in incertam personam la volontà di acquisire proposte per la realizzazione dell'intervento, tra le quali scegliere quella che - nell'ambito di una procedura concorsuale - verrà successivamente posta a confronto con quelle presentate dai competitori; riconoscendo altresì al promotore, come prevede la legge regionale, il diritto (una volta esaurita la procedura e individuata l'offerta migliore) di poter (eventualmente) adeguare la propria a quella del competitor che l'Ente avrà riconosciuto essere la migliore.

- Nel caso di specie, lamenta l'A.T.I. ricorrente, il Comune si è limitato ad indire, ai sensi dell'art. 8 della L.r. 20/99, una mera licitazione privata per individuare i competitori, mentre è mancata la fase di pubblicità dell'intenzione di individuare un promotore, necessariamente prodromica.

Non risulta, infatti, come il soggetto effettivamente designato quale promotore (cioè l'attuale controinteressato Centro Nuoto Codroipo Associazione Sportiva Dilettantistica; di seguito C.N.C.) "sia stato messo a parte dell'inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione dell'Ente, né...la procedura con la quale il medesimo Ente abbia individuato l'odierno controinteressato quale promotore".

1.2. - In fatto, l'A.T.I. espone di essere stata invitata, una prima volta, alla licitazione privata in project financing - alla cui base è stato posto il progetto preliminare presentato dal soggetto individuato (non si sa con quale procedura) quale promotore dell'opera, in data 13.12.06. Tale invito veniva successivamente ritirato dall'Ente (a causa di riscontrati difetti), e successivamente rinnovato, cosicché - in data 23.2.07 - la ricorrente riceveva un secondo invito, con relativo disciplinare, in cui era precisato che "il promotore, ai sensi dell'art. 8, comma 4, della L.r. n 20/99, ha diritto di prelazione sull'affidamento della concessione alle stesse condizioni dell'offerta economicamente più vantaggiosa presentata nell'ambito della gara".

L'istante, unica ad essersi presentata alla gara, veniva ammessa alla procedura negoziata col promotore, ottenendo all'esito della gara 92,02 punti, a fronte dei 73,89 conseguiti dal promotore stesso e risultando quindi aggiudicataria provvisoria.

Peraltro, avendo il promotore - in data 14.8.07 - manifestato l'intenzione di esercitare il proprio diritto di prelazione, la concessione gli veniva definitivamente aggiudicata con il provvedimento in questa sede impugnato (in uno con tutti gli atti della procedura).

1.3. - Con un unico, articolato motivo, vengono dedotte: violazione dell'art. 153 del D.Lg. 163/06; dell'art. 97 della Costituzione, dei principi di par condicio e buona amministrazione. Violazione degli artt. 43 e 49 del Trattato UE. Carezza di presupposti, contraddittorietà e difetto di istruttoria.

Ricostruita l'evoluzione del quadro normativo di riferimento, e rammentate le ragioni che hanno condotto la C.E. a sanzionare l'Italia proprio perché, nella procedura di project financing, non era prevista un'adeguata forma di pubblicità e concorrenzialità nella fase di individuazione del promotore, l'A.T.I. lamenta che, nel caso di specie, sia, per l'appunto, mancata del tutto tale prima fase, consistente nella pubblicazione dell' "avviso indicativo", cui fa seguito un secondo momento (a carattere concorsuale) di individuazione del promotore, procedura necessaria per bilanciare il rilevante privilegio concesso al promotore, così individuato, di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'Amministrazione, in tal modo prevalendo sul competitore che l'aveva avanzata.

Il Comune di Codroipo non ha proceduto alla pubblicazione dell' "avviso indicativo" e, nonostante ciò, ha introdotto nel disciplinare di gara il diritto di prelazione a favore del promotore.

Ad avviso della ricorrente, l'art. 153 del D.Lg. 163/06 riconosce la possibilità di attribuire al promotore il diritto di prelazione solo se la fase di individuazione dello stesso sia stata espletata nel rispetto delle modalità di pubblicità e concorsualità stabilite dalla legge. Con l'ulteriore conseguenza che, essendo stata - nella specie - tale prima fase del tutto omessa, al promotore non può essere riconosciuto alcun diritto di prelazione e lo stesso è tenuto a concorrere in una posizione di parità rispetto ai competitori. A ciò consegue che la ricorrente (già aggiudicataria provvisoria in ragione della miglior qualità dell'offerta presentata) deve vedersi aggiudicata la concessione.

2. - Resiste il Comune di Codroipo, che puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

2.1. - In limine (premessso che la gara di cui trattasi è regolata in toto dalla L.r. 20/99, ed alla stessa non può applicarsi la normativa statale, dato che - trattandosi di opere pubbliche di rilievo solo regionale - la Regione Friuli Venezia Giulia ha in materia competenza normativa primaria) ne eccepisce l'inammissibilità per carenza di interesse e/o acquiescenza.

Infatti, l'A.T.I. era, sin dall'inizio, a conoscenza delle regole della procedura, sia perché il diritto di prelazione a favore del promotore non deriva da una scelta dell'Ente ma è previsto dalla (non derogabile) L.r. 20/99, a tenore della quale la gara era stata bandita; sia perché tale diritto risultava puntualmente riportato nella lettera d'invito e nel disciplinare di gara. A ciò deve aggiungersi che la ricorrente ha espressamente sottoscritto la dichiarazione di accettare, senza condizione alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, ivi compresa, ovviamente, la clausola che prevede il diritto di prelazione.

Quindi il ricorso risulta tardivo quanto all'impugnazione del bando - immediatamente lesivo - e inammissibile per la prestata acquiescenza a tutte le clausole dello stesso, come si evince dalla loro accettazione espressa e senza riserve.

2.2. - Il ricorso è altresì inammissibile per omessa impugnazione di un atto presupposto, non avendo l'istante contestato il provvedimento (n. 243 del 5.10.06) con cui il controinteressato è stato individuato quale

promotore (avente diritto di prelazione), e si è approvato il progetto preliminare presentato.

3. - Anche il controinteressato C.N.C., costituito, solleva le medesime eccezioni e chiede la reiezione del ricorso.

3.1. - Lo stesso propone anche ricorso incidentale, teso a paralizzare la pretesa del ricorrente ed a provocarne l'estromissione dalla gara.

In particolare lamenta:

1) violazione dell'art. 97 della Costituzione, e degli artt. 6 della L. 241/90 e 1 bis, comma 14, della L. 383/01. Carezza di presupposti e di istruttoria.

La L. 383/01, relativa ai piani di emersione del lavoro irregolare, prevede espressamente che chi se ne avvale deve essere escluso per due anni (o fino a quando tale procedura sia completata) dalle procedure di gara. E, poiché la disposizione deve ritenersi di ordine pubblico, colui che partecipa ad una gara ha l'onere di dichiarare - a pena di esclusione, anche se il bando non lo prevede espressamente - se si è avvalso dei piani di emersione.

La ricorrente non ha provveduto a tale adempimento.

In subordine, impugna anche il bando di gara, nella parte in cui non impone la presentazione della suddetta dichiarazione.

2) Violazione dell'art. 153 del D.Lg. 163/06 e dell'art. 5 e sg. della L.r. 20/99. Violazione di circolare; contraddittorietà; carezza di istruttoria e motivazione.

Il Comune - premesso che l'A.T.I., in sede di trattativa negoziata, aveva accorciato la durata della concessione da 18 a 15 anni - in data 11.7.07, rilevava come tale riduzione dei tempi di ammortamento dei costi e di percezione degli utili rendesse necessaria la redazione di un nuovo piano finanziario rapportato alla nuova tempistica.

A ciò provvedeva la ricorrente con un atto di asseverazione reso dalla Banca Intesa - San Paolo del 31.7.07, con il quale veniva attestata la coerenza del piano economico-finanziario anche alla stregua "del prezzo che il concorrente invitato intende chiedere all'Amministrazione per l'affidamento della concessione".

Poiché, in questa procedura, nessun prezzo è previsto se ne deve dedurre che l'asseverazione è superficiale e non credibile; pertanto, anche per questa ragione, l'A.T.I. andava esclusa.

3) Violazione degli artt. 153 e sg e 155 del D.Lg. 163/06 e degli art. 1 e sg. e 8 della L.r. 20/99, nonché dell'art. 3 della L. 241/90. Contraddittorietà; carenza di presupposto, istruttoria e motivazione.

La controinteressata aveva evidenziato, nella seduta del 14.6.07 come l'A.T.I. avesse stravolto gli aspetti economico-finanziari contenuti nell'offerta del promotore; in particolare, riducendo di quasi il 50% la durata della concessione ed innalzando eccessivamente le tariffe, il che avrebbe potuto mettere l'impianto natatorio fuori dal mercato.

Il Comune, avendo condiviso tali rilievi, chiedeva chiarimenti alla ricorrente, la quale inviava le proprie giustificazioni, accettate dal Comune.

Secondo la controinteressata, le motivazioni con le quali l'Ente ha ritenuto la sufficienza delle giustificazioni è "apodittica e sostanzialmente assente".

4. - Tutte le parti presentano memorie, con cui ampliano e puntualizzano le già rassegnate conclusioni.

4.1. - In particolare, il controinteressato, con la sua ultima produzione, solleva l'ulteriore eccezione di difetto di giurisdizione.

Osserva C.N.C. che, in definitiva, ciò che nella specie viene contestato è il diritto di prelazione riservato al promotore.

Poiché si tratta di prelazione legale - espressamente prevista dall'art. 8, comma 4, della L.r. 20/99 - e non di scelta discrezionale della P.A., la posizione contestata è all'evidenza di diritto soggettivo potestativo, come tale tutelabile - per pacifica giurisprudenza - innanzi all'AGO.

5. - Dopo ampia discussione, in data odierna il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. - Dapprima, vanno deliberate le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità e irricevibilità del ricorso, che non sono fondate.

6.1. - Nel caso di specie, sussiste, ad avviso del Collegio, la giurisdizione del Giudice amministrativo.

Il diritto di prelazione di cui si controverte è un caso tipico di prelazione legale (e, in quest'ottica, la previsione inserita nel bando non può essere considerata una "clausola" in senso proprio, bensì una mera trascrizione nella lex specialis della gara - con finalità di conoscenza - del diritto del promotore, comunque garantito dalla legge).

In caso di contestazione dell'esistenza di tale diritto, la giurisprudenza è ferma nel ritenere la giurisdizione del giudice ordinario (cfr. C.S. n. 5324/05, TAR Puglia - Lecce n. 2489/04, Tar Umbria n. 460/07 e Cass. SS.UU. n. 8079/92).

Nella fattispecie, tuttavia, l'oggetto del contendere non è propriamente il diritto di prelazione, bensì il procedimento che ha portato al riconoscimento dello stesso. La ricorrente infatti si duole dell'omissione, da parte del Comune, di una intera fase del procedimento, cioè quella relativa alla informazione - che doveva essere data a tutti gli operatori del mercato - che il Comune intendeva procedere alla realizzazione dell'opera di cui si controverte, con annessa gestione, con lo strumento del project financing, cui si accompagna il diritto di prelazione del promotore. E ciò proprio per mettere gli interessati in condizione di valutare la convenienza a presentarsi quali promotori piuttosto che quali competitori.

Quindi, vertendo la contestazione sul procedimento e non tanto (e non solo) sul diritto di prelazione in sé, la giurisdizione appartiene al Giudice amministrativo.

6.2. - Anche l'eccezione di tardività e/o acquiescenza va disattesa.

Essa viene formulata secondo una duplice prospettazione.

Da un lato si sostiene che, essendo la ricorrente perfettamente a conoscenza della "clausola" di prelazione, aveva l'onere di impugnarla immediatamente; dall'altro che, avendo la stessa espressamente sottoscritto per accettazione (senza formulare riserva alcuna) tutte le clausole del disciplinare, vi ha prestato acquiescenza.

Così non è.

Si è già osservato come il diritto di prelazione non costituisca una clausola del bando, bensì solo la trasposizione di un'inderogabile disposizione di legge all'interno della lex specialis. A ciò consegue, da un lato, che il diritto di prelazione avrebbe potuto (in astratto) essere

esercitato anche indipendentemente dal richiamo fattone dal bando, dall'altro che la censura non andava indirizzata nei confronti della "clausola" (che non era affatto necessario impugnare e tanto meno nei termini) quanto piuttosto della legge stessa.

La conclusione esposta, peraltro, non cambia neppure se volessimo ritenere la prescrizione quale vera e propria "clausola". In questo caso, infatti, non essendo immediatamente escludente, secondo costantissima giurisprudenza, essa ben può essere opposta nel momento in cui manifesta la sua lesività, cioè quando il diritto viene concretamente esercitato (dato che promotore avrebbe potuto, se lo avesse ritenuto più conveniente, non esercitare affatto il suo diritto di prelazione).

Inoltre, secondo la giurisprudenza, neppure la generica sottoscrizione, per accettazione, delle clausole del capitolato può ritenersi preclusiva dell'impugnazione di una di esse, qualora la stessa possa ritenersi, in ragione del suo contenuto, vessatoria, dovendosi, come tale, essere espressamente individuata e singolarmente sottoscritta (cfr. C.S., sez. V, n. 6774/05).

6.2.1. - Né può ritenersi (ma la questione va valutata caso per caso) che la mera sottoscrizione per accettazione della clausole di un disciplinare di gara sia comunque impeditiva - per prestata acquiescenza - alla successiva impugnazione delle stesse, dal momento che "perché si possa parlare di acquiescenza, e dunque di decadenza dal diritto di impugnazione, occorre che la Pubblica Amministrazione eserciti un'attività provvedimentale di contenuto ad effetto lesivo nei confronti di un determinato soggetto, e che questi rimanga assolutamente e consapevolmente inerte nell'assunzione delle iniziative giurisdizionali riconosciutegli dall'ordinamento" (C.S., sez. VI, n. 3082/07).

Poiché, nella specie, il Comune non ha esercitato, con il richiamo al diritto di prelazione, alcuna attività provvedimentale (non costituendo detta prescrizione una sua scelta discrezionale), ne consegue che la ricorrente, benché abbia dichiarato di accettare nella sua totalità il disciplinare, non può, perciò solo, essere privata della possibilità di contestare, quando il pregiudizio si è verificato, non già la "clausola", bensì la norma che la P.A. ha inteso applicare per regolare la fattispecie.

7. - Quanto al merito, il Collegio rileva, innanzi tutto, che il controinteressato C.N.C. ha proposto ricorso incidentale per paralizzare la pretesa della ricorrente e provocarne l'esclusione dalla gara.

E' consolidato in giurisprudenza, il principio secondo cui "ove l'impugnazione principale abbia ad oggetto l'aggiudicazione di una gara e col ricorso incidentale si facciano valere profili di possibile esclusione del ricorrente principale, occorre dare priorità logica al ricorso incidentale, perché dal suo accoglimento deriverebbe il venir meno dell'interesse posto a base del ricorso principale" (cfr. da ultimo: Tar Puglia - Bari, n. 1106/06 e C.S., sez. IV, n. 8265/06).

Conviene, quindi, partire dal ricorso incidentale, che è infondato e va conseguentemente respinto.

7.1. - Il primo motivo concerne la mancata dichiarazione - da parte dell'A.T.I. ricorrente - di non essersi avvalsa dei piani di emersione del lavoro irregolare, di cui alla L. 383/01.

Orbene, la giurisprudenza ha stabilito che, per poter determinare l'esclusione dalla gara, la dichiarazione de qua deve essere espressamente richiesta dal bando, ed a pena di esclusione. Se così non è, essa viene a costituire solo un'eteronoma ragione impeditiva dell'aggiudicazione, che la P.A. dovrà valutare successivamente alla conclusione della gara stessa (C.S., sez. V, n. 12/06 e Tar Sardegna, n. 750/04)

Nel caso di specie, il bando nulla prevedeva.

La ricorrente, peraltro, fa osservare che C.N.C. non ha interesse alla censura, posto che esso stesso non ha presentato la dichiarazione, col risultato - ove il motivo trovasse accoglimento - di provocare anche la propria esclusione.

In realtà, l'interesse sussiste, dato che l'esclusione di entrambi i (soli) concorrenti determinerebbe necessariamente l'annullamento della gara, con evidente soddisfacimento dell'interesse strumentale del controinteressato.

7.1.2. - Né può ritenersi illegittimo il bando, nella parte in cui non prevede debba essere resa dai concorrenti la dichiarazione di non essersi avvalsi dei piani di emersione, dato che appartiene alla discrezionalità dell'Amministrazione imporre ex ante agli stessi l'obbligo di fornire la dichiarazione, ovvero valutare ex post la situazione di fatto.

7.2. - Infondate sono anche la censura avverso l'atto di asseverazione del piano economico-finanziario emesso dalla Banca Intesa-San Paolo, datato 31.7.07 (elaborato dopo la previsione dell'accorciamento della

durata della concessione da 18 a 15 anni), che si fondano sull'unica circostanza che in esso è contenuto il (palesamente erroneo) riferimento al "prezzo che il concorrente intende chiedere all'Amministrazione per l'affidamento della concessione", poichè, nel caso di specie, non è previsto alcun prezzo.

In realtà, dalla lettera di asseverazione si evince che, nonostante l'errato richiamo al "prezzo", la valutazione da parte dell'Istituto di Credito è stata completa ed effettuata sulla scorta dell'analisi dei diversi elementi, quali "il prezzo che il concorrente intende corrispondere all'Amministrazione per la costituzione o il trasferimento dei diritti"; il canone "che il concorrente intende corrispondere", la durata della concessione, il tempo previsto per l'esecuzione dei lavori e l'avvio della gestione, i "costi/ricavi, i tempi proposti e i conseguenti flussi di cassa generati dal progetto".

7.3. - Anche l'ultimo motivo va respinto.

C.N.C. si duole del mancato "concreto esame delle giustificazioni" fornite dalla ricorrente in esito alla richiesta formulata dal Comune, relativamente alla riduzione della durata della concessione e all'innalzamento delle tariffe.

Il motivo, prima che infondato, si presenta inammissibile per genericità. Infatti, ancorché il Comune, nel verbale n. 6 del 9.8.07, abbia assai succintamente motivato in merito alle giustificazioni addotte dalla ricorrente, limitandosi a definirle "puntuali ed articolate in merito a tutti i quesiti tecnici ed economici proposti dalla Commissione", in realtà le ha accettate e fatte proprie. La ricorrente, quindi, per poter dare consistenza alla doglianza, avrebbe dovuto contestare non tanto la motivazione comunale bensì le singole (effettivamente) puntuali giustificazioni fornite.

8. - Il ricorso principale è fondato, e va conseguentemente accolto, con le precisazioni di cui infra.

I motivi consistono, innanzi tutto, nell'asserita violazione dell'art. 153 del D.Lg. 163/06, e, in subordine, dell'art. 97 della Costituzione e degli artt. 43 e 45 del Trattato UE.

8.1. - Non sussiste la violazione dell'art. 153, in sé e per sé considerato, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

Innanzitutto, perché la gara è in toto regolata dalla L.r. 20/99, essendo l'opera di cui si controverso ricompresa nella "materia" "lavori pubblici di interesse regionale", per i quali la Regione autonoma Friuli Venezia-Giulia ha competenza normativa primaria.

Secondariamente, perché l'art. 4, comma 5, del D.Lg. 163/06 espressamente prevede che "le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli Statuti e nelle relative norme di attuazione".

Ne consegue che, in generale, fintanto che detto adeguamento non viene disposto, continuano ad applicarsi - nelle Regioni a Statuto Speciale - nella materia disciplinata dal D.Lg. medesimo, le norme regionali preesistenti.

8.2. - Ciò non esonera, tuttavia, la Regione Friuli Venezia-Giulia, ancorché a Statuto Speciale (e neppure le stazioni appaltanti) dal dovere di applicare le norme ed i principi sopranazionali - e, in specie, comunitari - che disciplinano obbligatoriamente determinati aspetti procedurali.

La L.r. 20/99, all'art. 4, si occupa dei promotori, cioè di quei soggetti privati che possono proporre la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità (siano le stesse inserite o meno nei programmi triennali), stabilendo che l'affidamento della concessione di costruzione e gestione avviene mediante licitazione privata (da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), avente a base "un progetto preliminare" correlato dai prescritti allegati. Alla gara sono invitati i soggetti richiedenti, in possesso dei requisiti indicati dalla legge stessa.

L'art. 5 stabilisce che i promotori possono presentare, entro il 30 giugno di ciascun anno, proposte per la realizzazione delle opere inserite negli strumenti di programmazione degli Enti, i quali, entro il 31 ottobre, valutano (secondo i criteri dell'art. 7) la fattibilità delle stesse, ed entro il 31 dicembre provvedono ad indire una gara per individuare i competitori. L'art. 8, comma 4, riserva al promotore "il diritto di prelazione sull'affidamento della concessione alle stesse condizioni dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Nulla stabilisce la L.r. 20/99 in merito alla procedura di scelta del promotore.

Orbene, anche la legge nazionale n. 166/02, all'art. 7, prevedeva il diritto di prelazione del promotore, senza l'espletamento di alcuna gara per la sua individuazione.

La Comunità Europea, ritenendo tale disposizione contrastante con i principi comunitari di cui agli artt. 43 e 44 del Trattato (sulla libertà di stabilimento), iniziava la procedura di infrazione. Ciò che la Comunità contestava all'Italia era la mancata previsione di una fase di pubblicità, ritenuta necessaria perchè ogni operatore fosse posto in condizione di valutare - ex ante - la convenienza a presentarsi come promotore, piuttosto che come competitore; e ciò in tanto poteva ottenersi in quanto fosse data adeguata pubblicità all'intendimento degli Enti di procedere alla realizzazione di una certa opera con lo strumento del project financing.

Alle sollecitazioni della Comunità, lo Stato italiano rispondeva con l'introduzione dell'art. 24 della Legge Comunitaria n. 62/05, che aggiunge il comma 2-bis all'art. 37-bis della L. 109/94, contenente l'obbligo di scegliere anche il promotore attraverso una procedura concorsuale, da attivarsi tramite pubblicazione di un "avviso indicativo" contenente, tra l'altro, la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso; norma poi trasfusa nel D.Lg. 163/06.

La Regione Friuli Venezia Giulia non ha modificato la propria legge (peraltro precedente a quella statale), per adeguarla alle indicate regole di pubblicità e concorsualità.

8.3. - Che tale obbligo gravi anche sulle Regioni, a maggior ragione se Autonome, è più volte stato ribadito dalla giurisprudenza, che si è pronunciata nel senso di ritenere applicabili, "in quanto dettati in via diretta e self-executing dal Trattato", i principi e le norme del Trattato che "presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1, ex articolo 6, paragrafo 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti) ...; le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato" (C.S., sez. VI n. 362/07). In particolare, C.S. sez. VI, n. 168/05, ha stabilito che "l'obbligo di dare corpo a forme idonee di pubblicità deriva dai principi del Trattato dell'Unione Europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno opposto".

8.4. - Né può ritenersi adeguata la pubblicità che il Comune ha posto in essere, relativa unicamente al programma triennale delle opere, poiché ciò che la Comunità Europea aveva addebitato all'Italia era proprio l'insufficienza del contenuto dell' "avviso informativo". 8.5 - Ugualmente non può essere accolta l'eccezione della "insensibilità" della legge regionale ai ricordati principi comunitari in ragione del valore sotto soglia della gara.

Ha infatti stabilito il Consiglio di Stato - con la già ricordata decisione n. 362/07 - che, come statuito dalla Corte di Giustizia, "sebbene le direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto espressamente in ciascuna delle dette direttive, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure particolari e rigorose previste in tali direttive non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di scarso valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario" (si veda, in tal senso, l'ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19). Segnatamente, si applicano indistintamente ad ogni tipologia di appalto "il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le Amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea (cfr. il punto 3.1.2 della Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12 aprile 2000, pubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 121 del 29 aprile 2000, richiamata e sviluppata da un circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche Comunitarie n. 945 in data 1° marzo 2002) tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario".

In particolare, l'applicazione diretta dei principi generali di derivazione comunitaria anche alle procedure sottosoglia è stata espressamente stabilita da C.S. sez. VI, n. 168/05.

8.6. In definitiva, la doglianza della ricorrente, che lamenta la violazione dei profili diacronici del procedimento, consistente nella mancata effettuazione di un'adeguata fase di pubblicità dell'intenzione del

Comune di dar esecuzione all'opera di cui trattasi tramite project financing, con correlato diritto di prelazione per il promotore (che avrebbe consentito a chiunque vi avesse interesse di proporsi quale promotore), è fondata ed il ricorso va quindi accolto.

Conseguenza dell'accoglimento, tuttavia, non è la mera caducazione del diritto di prelazione, come vorrebbe la ricorrente, bensì dell'intera gara; e ciò perché (come stabilito dalle decisioni del C.S. n. 142/05 e del Tar Campania n. 2491/07, che il Collegio condivide) la procedura di project financing è unitaria, pur se articolata in fasi distinte, cosicché l'illegittimità compiuta nella fase di scelta del promotore è idonea a travolgere tutte le successive operazioni compiute, sino alla scelta del concessionario.

9. - La particolarità della fattispecie all'esame consiglia di disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di causa; con la sola eccezione del contributo unificato, pari ad € 2.000, che andrà rifuso (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza) - ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248 - all'A.T.I. ricorrente, per metà a carico del Comune e per l'altra metà del controinteressato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale. Per l'effetto, annulla totalmente la procedura di project financing di cui trattasi, con conseguente obbligo, per il Comune, di indicare, anche nell'avviso indicativo, il diritto di prelazione che sarà attribuito al promotore.

Spese compensate, con obbligo di rifusione al ricorrente del contributo unificato, a carico del Comune resistente e del controinteressato, in parti eguali.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 23/01/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2008

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

IL SEGRETARIO