



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 998 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Acqua Azzurra Societa' Consortile a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Piermario Gatto e Alberto Sambì, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Genova, al c.so A. Saffi 7/2;

contro

Comune di Alassio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Bormioli, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Genova, alla p.zza Dante 9/14;

nei confronti di

Severn Trent Italia s.p.a., capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con Biodepuratrice s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Faustino De Palma, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Aldo Priora in Genova, alla piazza Dante n. 6/4;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della nota comunale prot. n. 16275 del 23 luglio 2007, inerente la procedura ristretta per l'affidamento in concessione della realizzazione e

della gestione del depuratore dei reflui urbani nel Comune di Alassio in località S. Anna, nella parte in cui richiede alla società ricorrente, quale promotore, di produrre a pena di esclusione dalla procedura, entro la data perentoria del 5.10.2007, fideiussione bancaria di primario istituto dell'importo di € 9.450.000,00; della nota comunale prot. 26943 del 27.11.2007, di comunicazione dell'esclusione dalla procedura.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Alassio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Severn Trent Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23/04/2008 l'avv. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato in data 7.11.2007 la società Acqua Azzurra società consortile a r.l. ha impugnato la nota 23.7.2007, prot. 16275, con la quale il comune di Alassio le ha richiesto di produrre, entro la data del 5.10.2007 (poi prorogata al 16.11.2007), fideiussione bancaria di primario istituto dell'importo di € 9.450.000,00, quale fondo dedicato all'edificazione del depuratore comunale, pena l'esclusione dalla relativa procedura di project financing.

E' accaduto che la società ricorrente aveva presentato al comune, ex art. 37-bis L. n. 109/1994, una proposta di progettazione, costruzione e gestione in project financing del depuratore comunale.

Tale proposta veniva approvata e dichiarata di pubblico interesse con deliberazione del consiglio comunale 26.4.2004, n. 25 (doc. 9 delle produzioni 13.2.2008 di parte ricorrente), nella quale si dava espressamente atto che la realizzazione del depuratore avrebbe dovuto essere finanziata in parte - per l'importo di € 9.450.000,00 - mediante un contributo previsto dall'accordo quadro Stato-Regione Liguria in attuazione dell'intesa istituzionale di programma sottoscritta il 25.3.2000.

Peraltro, poiché con nota 27.2.2004 (doc. 3 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale) il direttore dell'autorità d'ambito per la gestione del servizio idrico integrato aveva nel frattempo comunicato che, allo stato, il contributo in questione era privo di copertura finanziaria, la delibera in questione precisava espressamente che, in caso di mancata erogazione del contributo, il comune non si sarebbe sostituito in alcun modo agli enti erogatori, essendo il suo intervento finanziario limitato ad € 1.688.496,64.

In tal senso, l'art. 7 della bozza di convenzione allegata alla suddetta deliberazione prevedeva che la mancata o insufficiente erogazione del contributo pubblico a fondo perduto avrebbe comportato la redazione di un nuovo piano economico finanziario, in grado di ristabilire l'equilibrio economico finanziario dell'iniziativa senza oneri aggiuntivi a carico del comune concedente, preferibilmente mediante un adeguamento temporale della concessione oltre i 26 anni inizialmente ipotizzati.

A seguito di alcune modifiche concordate con l'amministrazione, gli elaborati predisposti dalla società ricorrente venivano quindi definitivamente approvati con deliberazione del consiglio comunale 3.4.2006, n. 35 (doc. 5 delle produzioni 20.11.2007 di parte ricorrente).

In particolare, la bozza di convenzione presentata dal promotore in data 23.3.2006, prot. 7536 ed approvata con la citata deliberazione C.C. n. 35/2006 prevedeva espressamente, all'art. 8, che "la mancata o insufficiente erogazione del contributo pubblico a fondo perduto su riportato (€ 9.450.000,00, previsto dalla deliberazione di giunta regionale n. 88/2003, n.d.r.) comporterà l'automatica redazione di un nuovo piano economico finanziario che ristabilisca l'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa, senza oneri aggiuntivi a carico del Concedente, preferibilmente prevedendo un adeguamento temporale della concessione (oltre i 26 anni ipotizzati). [...] Nel caso in cui al momento dell'aggiudicazione non sia stata disposta la formale concessione del finanziamento previsto dalla Deliberazione della Giunta Regionale n. 88/2003, è fatto obbligo all'impresa aggiudicataria di reperire i fondi

necessari prima della stipula del contratto. A garanzia della copertura della somma di cui sopra, sia il promotore, sia i soggetti che partecipano alla gara dovranno produrre, a pena di esclusione, fideiussione bancaria di pari importo”.

Con nota 17.4.2007 prot. 8430 (doc. 9 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), il comune di Alassio trasmetteva alla società ricorrente il bando di gara per l'affidamento della concessione di lavori pubblici (il quale, al paragrafo “CONTRIBUTI”, richiama espressamente l'obbligo di presentazione a pena di esclusione della fideiussione di cui all'art. 8 della bozza di convenzione), chiedendole di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica di cui all'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999.

Scaduto in data 11.5.2007 il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara per l'individuazione dei migliori offerenti da ammettere in concorrenza con il promotore alla successiva procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, con determinazione 25.5.2007 n. 332 (doc. 10 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale) il responsabile unico del procedimento dava atto della dimostrazione, da parte del promotore e delle ditte che avevano presentato domanda di partecipazione alla procedura, del possesso dei requisiti generali di capacità economica, finanziaria e tecnica.

Quindi il comune di Alassio, contemporaneamente all'inoltro della lettera di invito e del disciplinare di gara alle imprese prequalificate (doc. 11 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale, pp. 5 e ss.), con lettera in data 23.7.2007 prot. 16275 (doc. 11 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale, pp. 1-4) richiedeva ad Acqua Azzurra di presentare, entro il 5.10.2007 (termine successivamente prorogato al 16.11.2007), la fideiussione bancaria di primario istituto dell'importo di € 9.450.000,00 e di durata pari a cinquanta mesi, a pena di esclusione dalla procedura.

Avverso tale atto si è gravata la società Acqua Azzurra, deducendo cinque motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 75, 113, 153 e 155 del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e degli artt. 98 e 99 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Violazione e falsa applicazione dei principi di legalità e tipicità, del principio di proporzionalità e del principio di non aggravamento delle procedure. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

Il comune avrebbe introdotto una garanzia atipica, diversa ed ulteriore rispetto a quelle stabilite dalla vigente legislazione e contraria al sistema normativo.

Sotto un diverso profilo, la richiesta del comune sarebbe priva di giustificazione e rappresenterebbe un onere sproporzionato per il promotore ed i competitori, privo di ragionevole utilità per l'amministrazione.

2. Violazione degli artt. 23 e 41 Cost. Eccesso di potere per illogicità manifesta ed erroneità dei presupposti. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

La previsione contestata, non essendo posta a presidio di una specifica obbligazione contrattuale (bensì di un "presupposto" della procedura costituito dal contributo pubblico) ed essendo richiesta in vista della partecipazione alla gara piuttosto che della stipulazione del contratto, sarebbe priva di causa giuridica ed assolutamente indeterminata nell'oggetto.

Essa, incidendo per circa la metà dell'investimento totale, renderebbe indeterminato l'equilibrio finanziario dell'opera, che costituisce viceversa un elemento essenziale della procedura di project financing.

La mancanza del contributo avrebbe dovuto semmai essere compensata – secondo quanto espressamente previsto dall'art. 8 della convenzione – dall'adeguamento del piano economico finanziario mediante un allungamento della durata della concessione, senza gravare sul concessionario.

In ogni caso, non essendo identificabile con certezza l'obbligazione che la fideiussione dovrebbe garantire (se la disponibilità del finanziamento sostitutivo prima della stipulazione del contratto o l'esecuzione delle opere), la previsione di una garanzia quale fondo dedicato all'edificazione del depuratore allassino per la durata di cinquanta mesi sarebbe nulla per indeterminatezza dell'oggetto.

3. Nullità della previsione, in relazione all'art. 21-septies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

I profili di invalidità dedotti con il secondo motivo indurrebbero a concludere addirittura per la nullità della previsione.

4. Con particolare riferimento alla richiesta del 23 luglio 2007. Illegittimità in via derivata ed autonoma. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Difetto di motivazione. Violazione della normativa di gara. Nullità della richiesta.

Oltre ad essere invalida in via derivata, la richiesta del 23 luglio 2007 sarebbe illegittima in quanto formulata nei confronti del promotore e dei partecipanti alla gara contestualmente alla presentazione delle offerte, piuttosto che in esito alla aggiudicazione e nei confronti del solo vincitore.

Essa sarebbe inoltre praticamente inattuabile a causa della sua indeterminatezza.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge 10 giugno 1982, n. 348 e degli artt. 75, 113, 155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Violazione del principio di non aggravamento delle procedure di gara. Eccesso di potere per irragionevolezza, difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

La richiesta del comune e la disciplina di gara sarebbero infine illegittime laddove prevedono che la garanzia possa essere prestata solamente mediante fideiussione bancaria, anziché anche mediante polizza fideiussoria assicurativa.

Si è costituito in giudizio il comune di Alassio, preliminarmente eccependo la tardività (essendo la previsione contestata già inserita nell'art. 8 della bozza di convenzione approvata con deliberazione C.C. n. 35/2006) e l'inammissibilità (avendo la stessa ricorrente inserito la previsione contestata nella bozza di convenzione presentata al comune il 23.3.2006) del ricorso, controdeducendo nel merito delle singole censure ed instando per la sua reiezione.

Con un primo atto per motivi aggiunti notificato in data 31.12.2007 la società ricorrente ha esteso l'impugnazione alla nota comunale prot. 26943 del 27.11.2007 (doc. 15 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), deducendone l'illegittimità in via derivata ed in via autonoma.

In particolare, quanto all'illegittimità in via autonoma, sono dedotti tre motivi di gravame, rubricati come segue.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 152, 153, 154 e 155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e degli artt. 98 e 99 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Violazione del principio di legalità e dell'art. 97 Cost.. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, illogicità.

L'esclusione del promotore si porrebbe in contrasto con la disciplina sul project financing, dalla quale si ricava che il promotore non partecipa ad alcuna gara, ma soltanto alla successiva procedura negoziata, alla quale è ammesso di diritto per il solo fatto di avere promosso il progetto e di avere i requisiti per eseguirlo.

Inoltre, estromettendo prematuramente il promotore, il comune avrebbe completamente snaturato la funzione della gara, che, inizialmente bandita per individuare i competitori da ammettere alla successiva procedura negoziata con il promotore, ha finito invece per essere finalizzata all'individuazione diretta dell'aggiudicatario della concessione.

2. Incompetenza. Eccesso di potere per perplessità, carenza di elementi essenziali del provvedimento, mancata identificazione dell'organo. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione delle norme e dei principi sulle procedure di gara. Nullità per difetto di elemento essenziale.

La comunicazione dell'esclusione è firmata dal "Presidente", senza che possa evincersi qual è l'organo che ha adottato la decisione, che spetta per legge al responsabile del procedimento o al responsabile dell'unità organizzativa responsabile della procedura.

3. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241; difetto di motivazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione degli artt. 7 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento.

L'amministrazione avrebbe disposto l'esclusione omettendo di dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento e senza tenere in alcun conto le osservazioni formulate dalla ricorrente a seguito della richiesta di presentazione della fideiussione.

Con un ulteriore atto per motivi aggiunti notificato in data 6.2.2008 Acqua Azzurra ha esteso l'impugnazione alla determinazione dirigenziale 22.11.2007, n. 700 (doc. 14 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale) ed al verbale di gara redatto in data 19.11.2007, con i quali il

comune di Alassio ha disposto la sua esclusione dalla prosecuzione della gara, deducendone l'illegittimità in via derivata ed in via autonoma.

In particolare, quanto all'illegittimità in via autonoma, sono dedotti quattro motivi di gravame, rubricati come segue.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 75, 113, 153 e 155 del Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e degli artt. 98 e 99 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Violazione e falsa applicazione dei principi di legalità e tipicità, del principio di proporzionalità e del principio di non aggravamento delle procedure. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, sviamento di potere. Erronea e falsa applicazione della normativa di gara. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e difetto di motivazione.

Il tenore della fideiussione presentata dall'A.T.I. Severn Trent Italia s.p.a. (la cui ammissione alla gara la ricorrente non intende peraltro contestare) confermerebbe indirettamente i vizi dedotti avverso la richiesta di garanzia e la successiva esclusione.

Essa, infatti (doc. 17 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), sarebbe destinata ad operare solo ad aggiudicazione avvenuta, onde resterebbe confermata l'illogicità della sua richiesta in una fase precedente della procedura.

2. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, omessa valutazione di profili rilevanti, illogicità manifesta, lesione dell'affidamento. Violazione dei principi di proporzionalità, di buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa e dei principi di buona fede.

Posto che, con nota 4.10.2007 (doc. 13 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), la Regione Liguria ha chiarito che non esiste alcun impegno di spesa per la realizzazione dell'intervento, il comune – lungi dall'insistere nel richiedere la produzione della fideiussione – avrebbe dovuto riaprire i termini della procedura onde consentire l'adeguamento della proposta e delle offerte al mutato quadro finanziario.

3. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti. Incompetenza. Violazione dei principi in tema di procedure di gara. Violazione del disciplinare di gara.

I documenti impugnati con l'atto per motivi aggiunti confermerebbero l'illegittimità dell'esclusione dalla gara del promotore, in quanto disposta da un organo incompetente (il seggio di gara a procedura ristretta).

4. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per difetto di motivazione e difetto di istruttoria. Violazione degli artt. 7 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento.

L'amministrazione avrebbe disposto l'esclusione di Acqua Azzurra senza tenere in alcun conto le osservazioni formulate dalla ricorrente in merito alla inutilità della richiesta di fideiussione ed all'obbligo - a seguito della comunicazione regionale circa la mancata concessione del contributo pubblico - di ricavare la stessa somma attraverso l'adozione di misure di incremento tariffario.

Con atto notificato in data 4.2.2008 l'A.T.I. tra Severn Trent Italia s.p.a. e Biodepuratrice s.p.a. - unico competitore ammesso alla procedura - ha spiegato intervento in giudizio ad opponendum, instando per il rigetto del ricorso.

Alla pubblica udienza del 23 aprile 2008 il ricorso è stato trattenuto dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Occorre affrontare preliminarmente le eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso sollevate dalla difesa dell'amministrazione resistente.

Esse sono entrambe infondate.

Quanto all'eccezione di tardività, essa si basa sul rilievo che, in realtà, la previsione contestata risultava già inserita nell'art. 8 della bozza di convenzione approvata con deliberazione C.C. n. 35/2006, nonché nel bando di gara inviato alla società ricorrente con lettera raccomandata ricevuta il 23.4.2007.

La previsione della produzione di una fideiussione bancaria non appartiene però alla categoria delle così dette "clausole autoescludenti", che, comportando la sicura esclusione dalla procedura, fondano un onere di immediata impugnazione.

Tali clausole debbono infatti essere individuate soltanto in quelle che, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizione di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale (cfr., per tutte, T.A.R. Toscana, I, 15.3.2007, n. 402).

Né rileva che la clausola in questione fosse vincolante per l'amministrazione e per i concorrenti, giacché anche tali clausole non agiscono in modo diverso dalle ordinarie clausole del bando, impugnabili insieme all'atto applicativo che determina l'arresto procedimentale (Cons. di St. Ad Plen., 29.1.2003, n. 1).

L'eccezione di inammissibilità del ricorso si fonda invece sulla circostanza che la previsione contestata sarebbe stata inserita dalla stessa società ricorrente nella bozza di convenzione presentata al comune il 23.3.2006, onde Acqua Azzurra non avrebbe più interesse ad opporvisi, avendovi prestato sostanziale acquiescenza.

L'eccezione può essere agevolmente superata a prescindere dalla ricerca sulla effettiva paternità della clausola, sulla base del rilievo che, per costante giurisprudenza, non è configurabile una rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, effettuata prima della lesione di quest'ultimo, ossia nel momento in cui, non essendo ancora attuale la lesione stessa, lo strumento di tutela non è ancora azionabile (Cons. di St., V, 14.11.2006, n. 6678).

E, nel caso di specie, la lesione dell'interesse della società ricorrente è divenuto concreto ed attuale soltanto con il provvedimento di esclusione dalla procedura, tempestivamente impugnato mediante la proposizione di motivi aggiunti.

Ciò posto, può procedersi all'esame delle censure di merito.

I primi tre motivi del ricorso introduttivo sono strettamente connessi dal punto di vista logico, e possono pertanto essere trattati congiuntamente.

1-2-3. Giova rilevare preliminarmente che, da un punto di vista generale, le amministrazioni possono richiedere alle imprese requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché, tuttavia, tali ulteriori prescrizioni si

rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto (cfr. Cons. di St., VI, 11.5.2007, n. 2304; id., V, 15.2.2007, n. 647).

Di più, con specifico riferimento al project financing, è la legge stessa (art. 153 comma 1 D. Lgs. n. 163/2006) a prevedere che i soggetti promotori di iniziative relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità indichino nella proposta, oltre ad un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, le “garanzie offerte” all'amministrazione aggiudicatrice.

Ed è ragionevole ritenere che tali garanzie, rimesse all'autonomia propositiva e negoziale del promotore ed oggetto di successiva valutazione di pubblico interesse da parte dell'amministrazione procedente ex art. 154 D. Lgs. n. 163/2006, possano essere - in ipotesi - diverse ed ulteriori rispetto a quelle tipiche previste dal successivo art. 155 comma 3 del codice dei contratti pubblici.

Difatti, diversamente dall'appalto pubblico di lavori, nel project financing l'amministrazione, non disponendo dei fondi per realizzare l'opera (che dovrà essere finanziata con risorse totalmente o parzialmente a carico del promotore, ciò che costituisce l'essenza dell'istituto), ha certamente la facoltà di assicurarsi che il promotore ed i partecipanti alla gara siano in grado di sostenere effettivamente l'onere economico derivante dalla progettazione ed esecuzione dell'opera, all'occorrenza prescrivendo ulteriori ed appropriate garanzie, adatte allo scopo.

Ciò che – per l'appunto - è avvenuto nel caso in questione, in cui la clausola contenente la garanzia inserita nella bozza di convenzione allegata alla proposta presentata da Acqua Azzurra è stata valutata ex art. 154 D. Lgs. n. 163/2006 di pubblico interesse da parte del comune di Alassio, che l'ha approvata con deliberazione C.C. n. 35/2006 (doc. 6 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale).

Dunque, come correttamente rilevato dalla difesa del comune, l'atipicità della fideiussione richiesta dal comune non può essere ritenuta – di per sé – motivo di illegittimità, in quanto diversa ed ulteriore rispetto a quelle stabilite dalla vigente legislazione.

Ne consegue che le censure mosse dalla ricorrente debbono trasferirsi sul diverso ambito concernente la logicità e la proporzionalità in concreto del requisito richiesto.

Nella predisposizione del bando, la pubblica amministrazione esercita infatti un potere attinente al merito amministrativo laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo previsto ex lege, sicché queste ultime saranno censurabili in sede giurisdizionale solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. di St., V, 15.12.2005, n. 7139).

Al riguardo, la previsione contestata resiste tuttavia a tutte le censure mosse, non potendosi seriamente contestare che la clausola che impone la presentazione di una fideiussione bancaria dell'importo di € 9.450.000,00 a garanzia dell'obbligo di reperire i fondi necessari all'esecuzione dell'opera per il caso in cui non sia stata disposta dalla Regione Liguria la formale concessione di un contributo pubblico di importo corrispondente, risponde certamente all'interesse dell'amministrazione di addivenire comunque all'esecuzione dell'opera pubblica.

In particolare, essa si differenzia dalla cauzione provvisoria e da quella definitiva proprio per lo scopo che tende a realizzare, giacché non mira a garantire l'amministrazione dal rischio che l'aggiudicataria si rifiuti di stipulare il contratto o non esegua correttamente i lavori, bensì – come riconosciuto dalla stessa ricorrente (cfr. p. 22 del ricorso introduttivo) - si pone l'obiettivo di assicurare la realizzabilità dell'opera sotto il profilo economico, garantendo il reperimento da parte del concessionario delle risorse eventualmente mancanti.

D'altra parte, l'obbligo dell'aspirante concessionario (sia esso il promotore o gli altri competitori) di aggiungere il capitale eventualmente mancante risulta chiaro e determinato nell'importo (€ 9.450.000,00), così come l'obbligo concernente la costituzione della fideiussione, ed ineriscono entrambi alla natura ed alla causa del contratto di costruzione e gestione di un'opera pubblica tramite l'istituto della finanza di progetto, che si fonda proprio sul reperimento da parte del privato della provvista finanziaria necessaria ai fini della realizzazione dell'opera.

Per completezza, può aggiungersi che la ragionevolezza della previsione, già sussistente sulla base di un giudizio ex ante (avendo il comune di Alassio fin da subito chiaramente manifestato la propria indisponibilità, nel caso di mancata erogazione del finanziamento regionale, a sostituirsi agli enti erogatori, cfr. la deliberazione C.C. 26.4.2004, n. 25, doc. 4 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), è stata successivamente avvalorata dal fatto che, nel corso della procedura, la Regione Liguria ha

definitivamente confermato l'inesistenza della relativa copertura finanziaria (cfr. la nota 4.10.2007, doc. 13 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale).

Sotto un diverso profilo, non appare censurabile neppure la scelta – attinente, come detto, al merito dell'azione amministrativa – di richiedere la fideiussione anche al promotore fin dalla fase della partecipazione alla gara (cui egli rimane estraneo), piuttosto che ai soli competitori e soltanto al momento della stipulazione del contratto, secondo quanto prescriveva chiaramente già la bozza di convenzione allegata alla deliberazione C.C. n. 35/2006.

Ciò per evidenti esigenze di rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, applicabili - ex art. 2 D. Lgs. n. 163/2006 - anche alle procedure di project financing.

Sul punto risulta essersi già pronunciata la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale “il soggetto che sarà individuato come concessionario all'esito della procedura negoziata non può essere sottoposto a regole diverse a seconda della circostanza che si tratti del promotore o di uno dei soggetti selezionati a seguito della licitazione privata. La procedura negoziale ha, infatti, un'indubbia natura concorsuale fra soggetti preselezionati nelle diverse fasi della procedura complessa. Come tale, pertanto, non si sottrae ai principi di par condicio nonché di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali. Quanto al primo aspetto, in particolare, appare evidente come i concorrenti debbano essere posti nelle stesse condizioni di partecipazione al confronto, anche sotto il profilo degli oneri procedurali concernenti la dimostrazione del possesso dei requisiti per l'aggiudicazione, posti a garanzia dell'Amministrazione (Cons. Stato, Sez., V, 20.10.2004, n. 6847; id., 10 febbraio 2004, n. 495).

Da ultimo, la dedotta censura di irragionevolezza della previsione contestata (in quanto il venir meno del contributo pubblico avrebbe semmai comportato il solo aggiornamento del piano economico finanziario mediante un adeguamento temporale della concessione) muove da un evidente equivoco di fondo.

L'eventuale prolungamento della concessione – peraltro già previsto dalla bozza di convenzione – attiene infatti all'equilibrio economico “finale” dell'intera operazione mediante il recupero dell'investimento da parte del concessionario, ma non fa venir meno la necessità che il concessionario disponga “inizialmente” della provvista finanziaria occorrente per la

realizzazione dell'opera, sopperendo - all'evenienza - al venir meno del contributo pubblico.

Ovviamente, l'infondatezza delle censure di illegittimità variamente dedotte con i primi due motivi di ricorso esclude – a fortiori – la nullità ex art. 21-septies L. 241/1990 della clausola in contestazione, dedotta con il terzo motivo del ricorso introduttivo.

4. Venendo al quarto motivo di ricorso, già si è detto come il fatto che la fideiussione sia stata richiesta contestualmente sia al promotore che agli altri competitori appaia del tutto legittimo alla luce del rispetto di elementari principi di parità di trattamento e non discriminazione ex art. 2 D. Lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, Sez., V, 20.10.2004, n. 6847; id., 10 febbraio 2004, n. 495).

Né può ritenersi che la richiesta fosse praticamente inattuabile a causa della indeterminatezza dei suoi contenuti.

Anche a prescindere dal fatto che l'oggetto della garanzia era perfettamente determinato, è evidente che le difficoltà di carattere pratico asseritamente incontrate dalla ricorrente al fine di reperire un istituto bancario disposto a rilasciare la fideiussione richiesta, quand'anche sussistenti, non valgono di per sé a provare l'indeterminatezza della garanzia richiesta (adducere inconveniens non est solvere argumentum).

Del resto, tali difficoltà risultano di fatto smentite dalla circostanza che il raggruppamento controinteressato Severn Trent Italia ha invece regolarmente presentato una fideiussione bancaria del tenore richiesto dalla lex specialis (doc. 17 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale).

5. Quanto al quinto motivo del ricorso introduttivo, volto a contestare la disciplina di gara laddove prevede che la garanzia possa essere prestata solamente mediante fideiussione bancaria, anziché anche mediante polizza fideiussoria assicurativa, essa è inammissibile per difetto di interesse.

Non risulta infatti che la società ricorrente abbia presentato una polizza assicurativa in luogo di quella bancaria richiesta dalla lex specialis, sicché la relativa questione assume un carattere puramente accademico.

A questo punto occorre procedere all'esame delle censure proposte con il primo atto per motivi aggiunti, notificato in data 31.12.2007 e diretto

avverso la nota comunale prot. 26943 del 27.11.2007 (doc. 15 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), di comunicazione dell'esclusione della società ricorrente dalla procedura.

Ovviamente, essendo stata positivamente vagliata la legittimità dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, assumono qui rilevanza le sole tre censure di illegittimità dedotte in via autonoma e richiamate supra nella narrativa in fatto.

1. In primo luogo, del tutto priva di fondamento è la pretesa della società ricorrente di essere ammessa automaticamente, in qualità di promotore, alla fase della procedura negoziata, senza dover provare il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

Come già più volte ribadito (con il supporto di conforme giurisprudenza, cfr. Cons. di St., V, nn. 6847/2004 e 495/2004), infatti, esigenze di par condicio esigevano che il rispetto dello specifico requisito di ammissione costituito dalla presentazione della fideiussione contestata fosse verificato anche in capo al promotore, secondo quanto peraltro espressamente richiesto dalla bozza di convenzione e dal bando di gara (doc. 9 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale, p. 8).

Né rileva che, con l'esclusione del promotore, la gara inizialmente bandita per individuare i competitori da ammettere alla successiva procedura negoziata abbia finito invece per essere finalizzata all'individuazione diretta dell'aggiudicatario della concessione.

Si tratta infatti di un effetto pratico che costituisce la conseguenza necessaria del comportamento della ricorrente in spregio alla normativa di gara, onde imputet sibi.

2. Secondariamente, quanto alla censura di incompetenza del funzionario firmatario della nota comunale prot. 26943 del 27.11.2007 (doc. 15 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), è dirimente la circostanza che la nota in questione non riveste carattere propriamente provvedimentale, ma integra una semplice comunicazione delle determinazioni assunte dal seggio di gara nella seduta del 19.11.2007, espressamente approvate e fatte proprie dall'amministrazione con la determinazione dirigenziale 22.11.2007, n. 700 (doc. 14 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), regolarmente adottata dal competente dirigente responsabile del procedimento.

3. Da ultimo, quanto alla dedotta violazione delle garanzie partecipative di cui agli artt. 7 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento, il collegio osserva che, per costante giurisprudenza, l'esclusione dalla gara di un concorrente non costituisce autonomo procedimento, distinto da quello concorsuale nel quale si inserisce come accidente, per cui non necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento (cfr., per tutte, T.A.R. Campania-Salerno, I, 10.1.2008, n. 16).

A ciò si aggiunga che, poiché la ricorrente è stata esclusa per la pacifica mancanza di un requisito specificamente richiesto a pena di esclusione, il provvedimento impugnato non sarebbe comunque annullabile ex art. 21-octies comma 2 L. 241/1990, essendo palese che, per la sua natura vincolata, il contenuto dispositivo dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Da ultimo, restano da esaminare le censure proposte con il secondo atto per motivi aggiunti notificato in data 6.2.2008, con il quale Acqua Azzurra ha esteso l'impugnazione alla determinazione dirigenziale 22.11.2007, n. 700 ed al verbale di gara redatto in data 19.11.2007 (doc. 14 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), con i quali il comune di Alassio ha disposto la sua esclusione dalla prosecuzione della gara.

Anche in questo caso, essendo stata già positivamente vagliata la legittimità dei provvedimenti impugnati con i ricorsi a monte, assumono rilevanza le sole quattro censure di illegittimità dedotte in via autonoma e richiamate supra nella narrativa in fatto.

1. Il primo mezzo del ricorso per motivi aggiunti è palesemente inammissibile per carenza di interesse.

Posto infatti che la ricorrente dichiara espressamente, in apertura del motivo, di non avere alcun interesse a mettere in discussione o ad impugnare in questa sede l'ammissione alla gara dell'A.T.I. Severn Trent Italia, non si vede in virtù di quale meccanismo giuridico tale ammissione – che, mercé il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., non può costituire oggetto del presente giudizio – possa refluire negativamente sulla legittimità di atti logicamente autonomi quali l'esclusione di Acqua Azzurra o, addirittura, le clausole contenute nella *lex specialis*.

Soltanto per completezza, pertanto, si può aggiungere che la fideiussione presentata dall'A.T.I. Severn Trent Italia appare in tutto conforme alle

esigenze del comune, per come rappresentate nell'art. 7 della bozza di convenzione e nel bando di gara.

In realtà, come correttamente rappresentato dalla difesa del comune, la ricorrente confonde apertamente l'efficacia della fideiussione, che risulta correttamente condizionata all'aggiudicazione del contratto, con l'obbligo di presentarla, puntualmente presidiato dalla sanzione di esclusione dalla procedura.

2. Con riguardo alla nota 4.10.2007 (doc. 13 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), con cui la Regione Liguria ha chiarito che non esiste alcun impegno di spesa per la realizzazione dell'intervento, la ricorrente si duole che il comune – lungi dall'insistere nel richiedere la produzione della fideiussione – avrebbe dovuto riaprire i termini della procedura onde consentire l'adeguamento della proposta e delle offerte al mutato quadro finanziario.

In realtà, la nota in questione è stata emessa quando gli atti di gara (e, segnatamente, l'art. 8 della bozza di convenzione ed il bando di gara) erano stati già adottati e pubblicati, sicché non può costituire parametro di valutazione della loro legittimità (*tempus regit actum*).

A ciò si aggiunga che, da un lato, la nota non fa che confermare la fondatezza dei dubbi circa la disponibilità del contributo e l'utilità concreta della garanzia prescritta; dall'altro, che – come più sopra rilevato – l'adeguamento del piano finanziario mediante l'eventuale prolungamento della concessione (peraltro già previsto dalla bozza di convenzione) attiene all'equilibrio economico “finale” dell'intera operazione mediante il recupero dell'investimento da parte del concessionario, ma non fa comunque venir meno la necessità che il concessionario disponga “inizialmente” della provvista finanziaria occorrente per la realizzazione dell'opera, sopperendo al venir meno del contributo pubblico inizialmente previsto.

3. Come più sopra chiarito in relazione al secondo motivo del primo atto per motivi aggiunti, le determinazioni definitive circa l'esclusione della ricorrente dalla procedura, provvisoriamente assunte e comunicate agli interessati dal presidente del seggio di gara nella seduta del 19.11.2007 (in conformità a quanto disposto dal punto 6 lett. b del disciplinare di gara), sono state espressamente approvate e fatte proprie dall'amministrazione con la determinazione dirigenziale 22.11.2007, n. 700 (doc. 14 delle produzioni 16.1.2008 di parte comunale), regolarmente adottata dal competente dirigente responsabile del procedimento.

4. Da ultimo, quanto alla dedotta violazione delle garanzie partecipative di cui agli artt. 7 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dei principi del contraddittorio e del giusto procedimento, non può che ripetersi ancora una volta quanto più sopra osservato in ordine al terzo motivo del primo atto per motivi aggiunti, e cioè che, non essendo necessaria la preventiva comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla gara, sull'amministrazione non gravava alcun onere di valutare, ex art. 10 L. 241/1990, le memorie scritte e le osservazioni spontaneamente presentate dalla ricorrente.

In ogni caso, posto che in mancanza della richiesta garanzia l'esclusione dalla gara si configurava come un atto vincolato, il provvedimento impugnato non sarebbe comunque annullabile ex art. 21-octies comma 2 L. 241/1990, essendo palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

In conclusione, il ricorso introduttivo e gli atti per motivi aggiunti debbono essere rigettati perché infondati.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano in € 4.000,00 (quattromila) oltre I.V.A. e C.P.A. in favore del comune di Alassio ed in € 2.000,00 (duemila) oltre I.V.A. e C.P.A. in favore di Severn Trent Italia s.p.a..

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 23/04/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Davide Ponte, Consigliere

Angelo Vitali, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2008

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

IL SEGRETARIO