



**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 396 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Pdr De Rege s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Quaglia, con domicilio eletto in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

***contro***

Comune di Arenzano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Damonte, con domicilio eletto in Genova, via Corsica 10; Provincia di Genova, in persona del Presidente pro tempore, non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Garino Stefano s.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

del provvedimento del Comune di Arenzano di esclusione della proposta della società ricorrente dalla procedura avviata dal Comune medesimo di

project financing per la realizzazione di parcheggi interrati e richiesta risarcimento danni.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 02/04/2009 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con ricorso notificato il 29 aprile 2008 al Comune di Arenzano ed alla controinteressata impresa Garino Stefano s.r.l., la società PDR De Rege s.p.a., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti in epigrafe nella parte in cui veniva esclusa dalla procedura di finanza di progetto per la realizzazione di un parcheggio interrato in località S. Martino la propria proposta ed ammessa la proposta formulata della impresa Garino Stefano s.r.l..

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente deduceva i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 153 d.lgs. 163/06, violazione del bando di gara eccesso di potere per sviamento, in quanto la proposta della Garino Stefano s.r.l. è stata ammessa alla procedura nonostante non avesse prodotto nei termini previsti dal bando alcuni documenti, tra i quali l'asseverazione del piano economico finanziario, la cui produzione era prevista a pena di esclusione;

2) violazione dell'art. 154 d.lgs. 163/06, violazione del bando di gara in relazione ai principi di efficacia dell'azione amministrativa e alla par condicio tra i concorrenti, in quanto, da un lato, la valutazione delle proposte non è stata conclusa nel rispetto del termine, di quattro mesi,

stabilito dalla norma e dall'altro è stato chiesto il parere della Provincia solo in relazione alla proposta della ricorrente e non anche in relazione alla proposta della controinteressata;

3) violazione delle norme di attuazione del Piano di bacino vigente nonché dell'art. 96 rd 523/1904 e dell'art. 873 c.c. eccesso di potere per sviamento, in quanto, da un lato, la soletta a sbalzo prevista dalla proposta della ricorrente non costituirebbe nuova costruzione ai sensi del piano di bacino, inoltre, le distanze dalla proprietà demaniale sarebbero derogabili sulla base dell'assenso dell'Agenzia del demanio di talchè le motivazioni adottate non evidenzerebbero un impedimento assoluto alla realizzazione dell'opera.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento, previa sospensiva, dei provvedimenti impugnati con vittoria delle spese di giudizio.

Veniva anche proposta domanda risarcitoria.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione comunale intimata.

Successivamente veniva depositato, in data 14 maggio 2008, il verbale della commissione 11 aprile 2008 con cui, rilevato che nelle more della valutazione delle proposte, era intervenuta una modifica del piano di bacino si stabiliva di richiedere alla Provincia di Genova un nuovo parere su entrambi i progetti di cui alle proposte presentate.

Venivano inoltre successivamente depositati documenti tra i quali segnatamente il verbale della Commissione 17 ottobre 2008 con cui, sulla scorta del parere nel frattempo pervenuto, l'amministrazione ha confermato quanto stabilito nella seduta 1 febbraio 2008 dichiarando la non fattibilità della proposta della ricorrente.

Gli atti da ultimo depositati venivano impugnati dalla ricorrente con motivi aggiunti, notificati in data 14 – 15 gennaio 2009 e depositati il successivo 23 gennaio 2009.

All'udienza pubblica del 2 aprile 2009 il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso in esame è rivolto avverso gli atti della prima fase, consistente nella valutazione di pubblico interesse delle proposte, della procedura di

finanza di progetto avente ad oggetto la realizzazione di un parcheggio interrato in località S. Martino del Comune di Arenzano.

L'impugnativa della ricorrente censura sia l'ammissione alla procedura della proposta della controinteressata sia la declaratoria di non fattibilità della propria proposta.

Devono essere esaminate preliminarmente le eccezioni dell'amministrazione comunale resistente.

Si sostiene, in primo luogo, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, per essere competente il Tribunale superiore delle acque pubbliche. Tale affermazione si radica sulla circostanza il parcheggio di cui si discute è situato all'interno della fascia di inedificabilità assoluta di almeno cinque metri dalla sponda del torrente S. Martino.

La tesi non convince.

La causa ha per oggetto la realizzazione, mediante finanza di progetto, di un parcheggio in fregio al rio S. Martino del Comune di Arenzano.

Sul punto la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che l'art. 143, r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775, nell'attribuire alla cognizione del tribunale superiore delle acque pubbliche i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche, si riferisce esclusivamente ai giudizi che concernono l'utilizzazione delle acque e, in generale, a quelli preordinati alla valutazione degli interessi pubblici attinenti al loro uso ovvero a quelli che, anche se aventi finalità diverse, incidono in maniera diretta ed immediata sul regime delle acque pubbliche mentre restano alla giurisdizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, le controversie relative agli atti del procedimento formativo della volontà dell'ente pubblico per la scelta dei soggetti esecutori di lavori per la realizzazione di opere concernenti le acque stesse, ivi compreso il provvedimento di esclusione da una gara per l'appalto di opera pubblica, in considerazione del fatto che in tali ipotesi i provvedimenti non incidono, se non in via indiretta, sul regime delle acque pubbliche (Consiglio Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2564).

Tra l'altro la possibile interferenza della realizzazione del parcheggio in esame con il regime delle acque dipende non già dalla realizzazione del

parcheggio in sé ma dalla particolare soluzione progettuale scelta dalla ricorrente.

Scelta progettuale che è stata censurata dall'amministrazione.

Ne discende l'infondatezza dell'eccezione.

Si eccepisce inoltre l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse atteso che non sarebbero stati impugnati i verbali 13 marzo 2007 e 26 marzo 2007 con cui è stata ammessa la controinteressata Garino Stefano s.r.l.

Sul punto è sufficiente rilevare come l'ammissione alla procedura della controinteressata sia stata fatta oggetto di specifica censura, circostanza questa che consente, unitamente all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'identificazione degli atti impugnati col ricorso giurisdizionale deve essere operata non già con formalistico riferimento all'epigrafe del ricorso, bensì in relazione all'effettiva volontà del ricorrente desumibile dal gravame nel suo insieme, dai motivi prospettati e da ogni altro elemento utile (C.S. V 14.4.2008 n. 1643 C.S. V 29.7.2003 n. 4327), di escludere la fondatezza dell'eccezione.

Si eccepisce poi la tardività del ricorso in quanto l'amministratore della società ricorrente sarebbe stato presente alla seduta in cui l'amministrazione ha ammesso in gara la controinteressata (seduta del 13 marzo 2007).

Anche questa eccezione non persuade.

E' vero che il sig. Paolo De Rege era presente alla seduta del 13 marzo 2007, tanto è vero che il sig. De Rege ha chiesto l'allegazione al verbale della seduta di uno scritto con cui si contestava l'ammissione alla gara della controinteressata, ma è altresì vero che la decisione di ammettere alla procedura la controinteressata, disattendendo in questo modo le osservazioni del sig. De Rege è stata assunta soltanto nella successiva seduta alla quale il rappresentante della ricorrente non era presente. Né appare condivisibile la tesi secondo cui, essendo stato depositato in giudizio il verbale 26.3.2007, in data 14.5.2008, la ricorrente aveva l'onere di impugnarlo con decorrenza da tale data. In realtà l'ammissione della controinteressata era stata già stata impugnata con il ricorso principale di talchè ove la ricorrente non avesse intenzione di svolgere, a seguito della conoscenza integrale del provvedimento, ulteriori motivi di gravame non vi era necessità di espressa impugnazione.

Deve anche essere esclusa la fondatezza dell'eccezione di difetto di interesse derivante dall'inoppugnabilità degli atti di ammissione della Garino. Si è già dato conto dell'infondatezza delle precedenti eccezioni di tardività; ne consegue l'infondatezza della censura in esame.

Infine la circostanza che la proposta della ricorrente sia stata ritenuta in contrasto con la disciplina del piano di bacino non priva di interesse la ricorrente atteso che dalla caducazione dell'intera procedura la ricorrente ritrae comunque l'interesse strumentale al rinnovo della stessa.

L'esame del merito del ricorso ne evidenzia la fondatezza solo parziale.

Fondato è il primo motivo con cui si censura l'ammissione della controinteressata.

Il bando prevedeva che la presentazione delle proposte avvenisse a pena di esclusione entro il 31 dicembre 2006. Lo stesso bando prevedeva che le proposte dovessero essere presentate secondo le modalità di seguito specificate. Il bando precisava inoltre che le proposte dovessero contenere "almeno" la seguente documentazione: ...5) un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito...".

Risulta dalla documentazione in atti, e non è contestato in causa, che la proposta della contorinteresstaa Garino Stefano s.r.l. era priva dell'asseverazione del piano economico finanziario in quanto la stessa è pervenuta in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (si cfr. verbale 26.3.2007 sub doc. n. 3 delle produzioni del Comune di Arenzano 14 maggio 2008).

A tal riguardo il Collegio, pur ritenendo condivisibile l'assunto secondo il quale la *lex specialis* di gara non prevedeva l'obbligo di presentazione della documentazione in questione a pena di esclusione, non essendo sufficiente a configurare una clausola espressa di esclusione l'espressione "almeno" contenuta nel bando di gara, nondimeno ritiene che l'obbligo di asseverazione del piano economico finanziario costituisca, nell'ambito della procedura di finanza di progetto, un elemento essenziale la cui mancanza è idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura.

Invero l'esclusione di una gara pubblica può essere disposta, anche in mancanza di una espressa comminatoria sul punto, ogniqualvolta il concorrente abbia comunque violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti (C.S. V, 11.12.2007 n. 6410, C. S. V, 22 giugno

2006, numero 3703; id. 22 aprile 2004, numero 2321; Tar Sardegna sezione prima, 11 maggio 2004, numero 597).

Sul punto è agevole osservare che la presentazione di un piano economico finanziario asseverato è imposta dalla lettera della legge (art. 153 d.lgs. 163/06).

L'asseverazione è imposta per garantire l'affidabilità del piano economico finanziario che a sua volta costituisce elemento essenziale per valutare prima ancora che il pubblico interesse la stessa fattibilità e sostenibilità economica della proposta.

La mancata asseverazione del piano economico finanziario impedisce all'amministrazione di effettuare valutazioni attendibili.

Pertanto ammettere un'asseverazione postuma del piano economico finanziario attribuisce al concorrente che ne giova un ingiustificato vantaggio competitivo in violazione della par condicio.

Ne consegue l'illegittimità dell'ammissione alla procedura della controinteressata.

Infondati sono, tuttavia, gli altri motivi di ricorso.

Sicuramente infondato è il motivo incentrato sulla pretesa perentorietà del termine per la valutazione delle proposte. La possibilità di concordare un termine più lungo di valutazione delle proposte era espressamente prevista dall'art. 154 d.lgs. 163/06. Peraltro il bando non qualificava come perentorio il termine di valutazione delle proposte. Pertanto, in assenza di una indicazione sicura nel senso della perentorietà il termine in questione deve ritenersi ordinario.

Infondata è anche la censura relativa ad una pretesa disparità di trattamento in ordine alla richiesta di parere alla Provincia. In particolare la proposta Garino risultava corredata di un parere 22.12.2006 n. prot. 141270 che dichiarava la conformità alla normativa del piano di bacino per quanto attiene alla distanza dal corso d'acqua.

Nessuna disparità di trattamento è quindi rinvenibile avuto anche riguardo alla circostanza che entrambi i progetti sono stati nuovamente sottoposti a parere provinciale in seguito al mutamento della normativa del piano di bacino.

Infondato è infine il terzo motivo con cui la ricorrente contesta il parere della Provincia che ha escluso la compatibilità del progetto con il piano di bacino.

Il parere della Provincia di Genova 21.11.2007 n. prot. 136951 confermato dal successivo parere 10.7.2008 n. 80495 ha evidenziato i seguenti profili di incompatibilità.

In primo luogo la soletta a sbalzo qualora ritenuta nuova costruzione, contrasta con la fascia di inedificabilità assoluta di 5 metri dalla sponda di cui all'art. 8 delle norme di attuazione del piano di bacino. In secondo luogo anche a volere qualificare come tettoia il manufatto in questione lo stesso contrasterebbe con l'art. 96 rd. 523/1904 limitando notevolmente la possibilità dell'utilizzo della fascia di rispetto per eventuali manutenzioni. In terzo luogo, non avendo rispettato la distanza dalla proprietà demaniale, la ricorrente non avrebbe acquisito il parere della Agenzia del demanio quantomeno al fine di ottenere il rilascio di una servitù onerosa.

Tutti i profili in questione sono contestati dalla ricorrente.

Il Collegio evidenzia come in materia vada evidenziata (cfr. ad es. TAR Liguria, I, 17 marzo 2006 n. 252, TAR Liguria, I, 28 dicembre 2005 n. 1874) la rilevanza autonoma delle norme del piano di bacino e di quelle connesse alla tutela dell'assetto idrogeologico del territorio, nonché la necessità di seguirne un'interpretazione rigorosa, anche alla luce degli interessi perseguiti e dei rischi connessi per la sicurezza pubblica.

Ciò posto occorre evidenziare come tale autonomia operi, in relazione al concetto di edificazione nella fascia di rispetto, esclusivamente in senso ampliativo rispetto al concetto di nuova costruzione di cui al testo unico dell'edilizia. In altre parole una nuova costruzione ai sensi del testo unico dell'edilizia costituisce sempre una nuova edificazione tale da contrastare con il divieto di cui all'art. 8 delle norme del piano di bacino che stabiliscono una fascia di inedificabilità assoluta nel limite di metri cinque dalla sponda. Peraltro, un manufatto che non costituisce nuova costruzione ai sensi del testo unico dell'edilizia, ad esempio perché pertinenza, nondimeno può integrare gli estremi della edificazione e come tale essere vietato nella fascia di rispetto.

Ciò avviene perché anche manufatti modesti sono suscettibili di determinare un carico di rischio aggiuntivo in relazione al normale



regime delle acque tale, quindi, da escluderne la ammissibilità nella fascia di inedificabilità assoluta.

Precisato quanto sopra è sufficiente evidenziare come la soletta di cui al progetto costituisca nuova costruzione ai sensi del t.u edilizia, così come ritenuto dall'amministrazione comunale.

La circostanza evidenziata determina il contrasto con il piano di bacino della proposta della ricorrente.

Ne consegue l'infondatezza del motivo.

In conclusione il ricorso in esame deve essere accolto nella parte in cui censura l'ammissione alla procedura della controinteressata, deve essere respinto nel resto.

Conseguentemente deve essere respinta la domanda risarcitoria.

Le spese possono compensarsi atteso la soccombenza parziale.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Liguria, sezione seconda, definitivamente pronunciando accoglie in parte il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati nella parte dispongono l'ammissione alla gara della società Garino Stefano s.r.l., respinge nel resto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 02/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Davide Ponte, Consigliere

Luca Morbelli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 17/04/2009

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

IL SEGRETARIO