



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la  
Puglia – Lecce**

**Registro Decisioni: 2323/2007  
Registro Ricorsi: 2185/2004**

Composto dai Signori Magistrati :

Aldo Ravalli	PRESIDENTE
Enrico D'Arpe	COMPONENTE
Carlo Dibello	COMPONENTE rel

ha pronunciato la seguente :

**SENTENZA**

su ricorso n. 2185/2004 presentato da :

**D'ERCHIA SALVATORE** , in proprio nonché quale legale rappresentante della  
**DE. MA s. r. l.**, rappresentato e difeso dall'avv. Dante Messinese ed elettivamente  
domiciliato in Taranto alla via Umbria, 165/A presso lo studio del predetto difensore  
contro

**-COMUNE DI MASSAFRA** , in persona del Sindaco pro tempore, non costituito;  
**-COSTITUENDA ATI INTINI ANGELO S.R.L.-CAPOGRUPPO-NOCI-CISA  
S.P..A. MANDANTE** ; in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e  
difeso dagli avv.ti Pietro e Luigi Quinto ed elettivamente domiciliata in Lecce alla  
via Garibaldi,43 presso lo studio dei predetti difensori

per l'annullamento

- della delibera della Giunta Comunale di Massafra n.224 del 29 luglio 2004, avente ad oggetto “ approvazione verbali della commissione di esperti per la valutazione della proposta pervenuta relativa alla realizzazione del silos parcheggio in project financing –individuazione promotore .-approvazione proposta e dichiarazione di pubblico interesse “;

-di tutti gli atti alla stessa presupposti, consequenziali e/o comunque connessi, ancorché non conosciuti dal ricorrente , ivi compresi:

-la delibera G.C. n.194 del 4 luglio 2002 di nomina della Commissione di valutazione;

-tutti i verbali della commissione;

-delle delibere C.C. n.30 del 31.3.2003 e n.66 del 20.7.2004, aventi ad oggetto “ adozione di variante P.d.f. per area antistante stadio comunale” e “ approvazione variante P.d.f. per area antistante stadio comunale”

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l’atto di proposizione di motivi aggiunti

Dato atto che il Comune di Massafra non si è costituito ;

Visti gli atti della causa;

Designato alla pubblica udienza del 6 luglio 2005 quale relatore il referendario dr.Carlo Dibello e udito l’avv. Fanelli in sostituzione dell’avv. Dante Messinese per il ricorrente, nonché l’avv Luigi Quinto anche in sostituzione dell’avv. Pietro Quinto per la Cisa s.p.a. ;

#### FATTO

Il ricorrente , nella qualità di amministratore unico della impresa DE. MA s.r.l. che opera nel settore delle costruzioni civili e industriali impugna la delibera n.224 del 29 luglio 2004 con la quale la Giunta Comunale di Massafra ha, in primo luogo, preso atto dei verbali stilati dalla commissione di esperti per la valutazione della

proposta relativa alla realizzazione di un silos parcheggio( facente parte del programma di opere pubbliche triennale); ha poi fatto proprie le conclusioni espresse nel verbale del 4 ottobre 2002 circa la individuazione dell'unica proposta per la realizzazione della predetta opera pubblica da parte della costituenda a.t.i. Intini Angelo srl; ha quindi approvato la proposta presentata dal promotore costituenda Ati Intini angelo s.r.l. dichiarandola di pubblico interesse.

Vengono anche impugnate le delibere con le quali il Consiglio Comunale di Massafra ha adottato e successivamente approvato la variante al Programma di fabbricazione vigente relativamente alla area antistante lo stadio comunale prescelta per la localizzazione dell'opera in questione.

Ritiene, parte ricorrente, che gli atti oggetto di gravame siano affetti dai seguenti vizi:

1)violazione del piano triennale di realizzazione di opere pubbliche; violazione del bando di gara. lesione della libertà di concorrenza e della par condicio; violazione dell' art.37 bis legge 109/94. eccesso di potere per difetto di motivazione e perplessità dell'azione amministrativa .

Invero il Comune di Massafra ha previsto , nel contesto del piano triennale delle opere pubbliche 2002-2004, la realizzazione di alcune di esse in regime di project financing tra le quali un silos parcheggio a servizio di un'area cittadina antistante lo stadio comunale.

Dopo avere rammentato che il sistema della finanza di progetto prevede la preliminare presentazione di proposte inerenti alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità , nel cui ambito la stazione appaltante seleziona quella ritenuta più meritevole sul piano dell'interesse pubblico, parte ricorrente si duole che sia stata approvata la proposta della Ati intini angelo s.r.l. .

Con detta proposta, la Ati in questione, ha formulato un'offerta per la realizzazione di un silos parcheggio in regime di project financing, di gran lunga superiore al tetto massimo di spesa non superabile, così come previsto dal bando di gara.

E' infatti accaduto che , pur essendo fissato il limite di euro 1.549.370,00 per la formulazione della proposta di cui si controverte, la controinteressata ati avrebbe offerto opere di importo pari a Euro 4.568.320,00 determinando una restrizione considerevole della cerchia dei possibili aspiranti chiamati a misurarsi nelle fasi successive della procedura in termini eccessivamente onerosi per conseguire sufficienti utili di impresa .

Il ricorrente evidenzia peraltro che la proposta formulata dalla Ati intini angelo srl è illegittima perché essa , in realtà, includendo la realizzazione di locali commerciali e direzionali , non appare conforme alla previsione insediativa divisata dal comune di Massafra in sede di piano triennale delle opere pubbliche e circoscritta esclusivamente alla costruzione di un silos parcheggio.

-violazione dell'art 21 della legge 109/94. eccesso di potere per perplessità dell'azione amministrativa.

Sarebbe riscontrabile anche un profilo di incompatibilità nella posizione rivestita, nella vicenda, da uno dei componenti della commissione di valutazione che cumulerebbe anche la funzione di dirigente dell'Ufficio tecnico comunale e di responsabile del procedimento contravvenendo alla prescrizione di cui all'art 21, comma 5 della legge 109 del 1994.

-eccesso di potere per difetto di motivazione e perplessità dell'azione amministrativa. Violazione dell'art 42 dello Statuto comunale .violazione della l.r.

La delibera consiliare adottiva della variante al piano di fabbricazione concernente l'area antistante lo stadio comunale sulla quale realizzare il silos parcheggio in esame conterrebbe plurimi profili di illegittimità

Si è costituita in giudizio la Cisa s.p.a. la quale ha proposto controricorso chiedendo che l'atto introduttivo del presente giudizio venga dichiarato improcedibile, inammissibile e comunque infondato in fatto e diritto.

Sono stati poi formulati motivi aggiunti attraverso i quali il ricorrente ha impugnato , per mezzo delle stesse censure svolte in ordine agli atti gravati in via originaria , il bando di gara d'appalto per la realizzazione del silos parcheggio con annesso centro commerciale, procedura di gara indetta dal Comune di Massafra

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 6 luglio 2005

## DIRITTO

Va preliminarmente esaminata la eccezione di tardività del ricorso, per come sollevata dalla difesa della Cisa s.p.a. la quale sostiene il mancato rispetto del termine per il deposito del ricorso che, nella fattispecie concreta, risulta dimidiato in applicazione dell'art 23 bis della legge TAR.

L'eccezione va disattesa essendo risultato che l'ultima notifica è stata effettuata da parte ricorrente il 12 novembre del 2004 con successivo deposito del ricorso in data 24 novembre e, dunque, nei 15 giorni risultanti dalla dimidiazione contemplata ex 23 bis legge Tar.

Anche l'ulteriore eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse a ricorrere non può essere condivisa perché l'annullamento giurisdizionale avuto di mira dal ricorrente conferisce attualità all'interesse a partecipare ad un gara rinnovata che fonda la presente iniziativa giurisdizionale.

Nel merito il ricorso è fondato.

Il punto centrale della presente controversia consiste nella interpretazione più ragionevole da dare alla previsione , nell'avviso pubblico che dà corso alla selezione della proposta di interesse pubblico, di un importo non superabile nella realizzazione di opere in regime di finanza di progetto, ai sensi dell'art 37 bis della legge 109/94.

Occorre ricordare, a tal riguardo, che la norma sopra citata fa parte di un corpo di disposizioni introdotte, con la tecnica legislativa dell'innesto, nell'ambito della legge quadro sui lavori pubblici 109/94.

Tra le integrazioni più significative recate dalla legge 415 del 1998( cd Merloni ter ) vi è appunto l'aggiunta di una serie di disposizioni per mezzo delle quali il legislatore ha introdotto e disciplinato la figura del *promotore di opere pubbliche* e una speciale procedura per la concessione di opere pubbliche di cui il privato abbia promosso la realizzazione.

Sia le modifiche alla disciplina della concessione, che l'introduzione del promotore( e della speciale procedura ad esso collegata) sono finalizzate a propiziare l'innesto sulla disciplina amministrativa tradizionale dei lavori pubblici della tecnica del project financing , di derivazione anglo-americana.

Il project financing è una *tecnica di finanziamento* caratterizzata da un elemento di distinzione e ,cioè, la decisione relativa alla possibilità di finanziare un determinato progetto viene assunta tenendo conto , come elemento di valutazione dirimente, della capacità dell'operazione di autofinanziarsi , ossia della possibilità che, una volta realizzato il progetto, si producano flussi di cassa positivi in grado di compensare i flussi negativi derivanti dai prestiti ottenuti per la realizzazione.

Per questa sua peculiare connotazione, la tecnica della finanza di progetto non si può applicare a tutte le opere pubbliche ma solo a quelle che, una volta costruite, siano in grado di autofinanziarsi mediante un cash flow positivo, derivante dalla loro gestione

imprenditoriale, sufficiente a compensare i costi dell'investimento e ad assicurare un margine di utile d'impresa.

Risulta, pertanto, del tutto consequenziale la particolare attenzione che la amministrazione pubblica deve rivolgere all'equilibrio economico finanziario del promotore.

Ciò detto bisogna rammentare che la tecnica di cui si discute si innesta nell' istituto della concessione di costruzione e gestione prevista nel testo base di cui alla legge Merloni 109 del 1994.

Il collegamento tra la concessione di costruzione e gestione e la tecnica della finanza di progetto è stato realizzato attraverso la previsione, contenuta negli artt 37 bis e segg della legge 109 del 1994, di una procedura speciale per l'affidamento della concessione nel caso in cui la realizzazione dell'opera sia proposta da un promotore.

Costituisce circostanza significativa aver formalmente definito la concessione come contratto cui si perviene all'esito di un procedimento amministrativo di evidenza pubblica , volto alla scelta del concessionario che si conclude appunto con la decisione relativa a tale tipo di scelta.

Queste osservazioni di carattere generale permettono di ritenere che l'istituto del project financing si inserisce sul terreno della disciplina dei rapporti negoziali bilaterali con l'amministrazione, in ordine ai quali l'amministrazione concedente deve sempre comportarsi con lealtà, correttezza e spirito collaborativo nell'ambito del rapporto concessorio.

Ciò però rileva anche nella fase preliminare di individuazione delle proposte ritenute meritevoli di interesse per l'amministrazione allo scopo di procedere alla fase della successiva valutazione comparativa delle proposte stesse, ai sensi dell'art 37 bis della legge quadro sui lavori pubblici.

Nella fattispecie concreta, il Collegio deve rilevare che l'amministrazione comunale, già in sede di indizione dell'avviso pubblico finalizzato all'acquisizione delle proposte aventi ad oggetto la realizzazione del silos parcheggio di cui si discute ha indicato espressamente il limite di importo non superabile.

Siffatta previsione, ritiene il Collegio, deve essere interpretata alla luce dei principi generali che presiedono al funzionamento dell'istituto della finanza di progetto che, non bisogna dimenticare, si innesta nel contesto della concessione di opere pubbliche o di lavori di pubblica utilità per quanto già evidenziato.

Più in dettaglio, si osserva che quando l'amministrazione concedente stabilisce espressamente un limite di importo non superabile detta indicazione ha valore cogente non solo o non semplicemente quale tetto massimo al di sopra del quale l'amministrazione non intende compartecipare agli oneri economici che derivano dalla realizzazione dell'opera pubblica, ma anche quale *break even point*, ossia quale punto critico al di sopra del quale risulta compromesso l'equilibrio economico finanziario del promotore secondo una valutazione effettuata a priori dalla stessa amministrazione.

Sul punto, la sezione non ignora il diverso orientamento fattosi strada presso questo stesso Tar, la cui seconda sezione ha statuito, in una fattispecie analoga, che “ la fissazione di un limite al valore complessivo dell'investimento da parte dell'avviso pubblico sarebbe priva di utilità concreta nel caso la si interpretasse quale tetto assoluto invalicabile all'investimento pubblico-privato e non semplicemente come tetto massimo del contributo pubblico..” ( vedi Tar Lecce, sez II, 9 marzo 2005, 1319).

Rileva, però, che siffatta interpretazione conferisce eccessiva rilevanza alla libertà concessa al privato nella formulazione di una proposta di realizzazione di un'opera pubblica in regime di finanza di progetto ( la quale, per ovvie ragioni, non può



travalicare i limiti della ragionevolezza in rapporto alla tipologia di opera da eseguire); trascura l'obbligo per la amministrazione di farsi carico dell'equilibrio economico finanziario del promotore – che non può essere compromesso da una proposta economica azzardata ai limiti dell'aleatorietà; infine non valuta adeguatamente i riflessi che una proposta eccessivamente sbilanciata può comportare nella fase di gestione della concessione dell'opera.

Né può trascurarsi l'ipotesi, come nella specie, in cui il piano delle opere pubbliche approvato in sede consiliare non preveda in alcun modo, per la realizzazione dell'opera specifica, un contributo a carico dell'ente civico in sede realizzativa.

In un caso del genere, sembra del tutto conforme a logica ritenere che la fissazione del limite di importo non superabile abbia senso con riguardo proprio ed esattamente alla entità dell'investimento che il promotore si ripromette di effettuare e che detto importo, mirando a salvaguardare preventivamente l'equilibrio economico finanziario del promotore, abbia valore inderogabile per tutti gli interessati a realizzare opere in regime di finanza di progetto.

La censura esaminata ha rilievo assorbente in rapporto agli ulteriori motivi di gravame

Le spese possono essere compensate

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia- Lecce, I sezione definitivamente pronunciando sul ricorso lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità Amministrativa

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 6 luglio 2005

IL PRESIDENTE –ALDO RAVALLI

L'ESTENSORE –CARLO DIBELLO

Pubblicata mediante deposito  
in Segreteria il 13 Giugno 2007