



REPUBBLICA ITALIANA

N. 3880/04 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1844/03 Reg.Ric.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA

SEDE DI BARI - SEZIONE I

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1844 del 2003 proposto

dalla società **SABA ITALIA S.p.A.**, con sede in Roma, in persona dell'amministratore unico pro-tempore, e dalla società **SALVATORE MATARRESE S.p.A.**, con sede in Bari, in persona del suo presidente pro-tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Saverio Profeta e presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliate in Bari alla via Abate Gimma n. 59, per mandati a margine del ricorso;

CONTRO

il **COMUNE di BARI**, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. prof. Aldo Loiodice e presso lo studio di questi elettivamente domiciliato in Bari alla via Nicolai n. 29, per mandato a margine del controricorso:

e nei confronti

- della società **DEC S.p.A.**, con sede in Bari, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Di Modugno e Anna Degennaro e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Alessandro Manzoni n. 5, per mandato a margine del controricorso;

- della società **BARI PARK S.r.l.**, con sede in Bari, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Di Modugno e Anna Degennaro e presso lo studio del primo elettivamente domiciliata in Bari alla via Alessandro Manzoni n. 5, per mandati a margine del controricorso;

per l'annullamento

a) degli atti di indizione della procedura ex art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del parcheggio pubblico interrato da ubicare in Bari alla piazza Giulio Cesare, tra i quali, specificamente, l'avviso di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 31 luglio 2003, il bando di gara e la deliberazione di Giunta municipale n. 589 del 3 luglio 2003, di indizione della gara;

b) in via incidentale, per quanto occorrer possa, degli atti con i quali il Comune di Bari ha indetto e disciplinato la procedura per la individuazione del promotore relativamente alla realizzazione e gestione di un parcheggio pubblico interrato ubicato in Bari alla piazza Giulio Cesare, nonché dei successivi atti della procedura tra cui specificamente la deliberazione della Giunta municipale di Bari recante individuazione della proposta in project financing, presentata dalla costituenda associazione temporanea d'impresa tra le società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l.;

c) di tutti gli atti preordinati, consequenziali e comunque connessi

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti al ricorso principale con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari e delle società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 21 aprile 2004, il dott. Leonardo Spagnoletti e uditi gli avv.ti Giustino Ciampoli e Saverio Profeta per le società ricorrenti principali e l'avv. Nicola Di Modugno per le società controinteressate intime;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso collettivo notificato il 13-14 novembre 2003 e depositato in Segreteria il 25 novembre 2003 le società SABA ITALIA S.p.A., con sede in Roma, e SALVATORE MATARRESE S.p.A., con sede in Bari, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, hanno proposto le cumulative domande di annullamento in epigrafe meglio specificate.

Giova premettere che:

- il Comune di Bari ha inserito nel programma triennale delle opere pubbliche allegato al bilancio di previsione per l'anno 2002, ai sensi dell'art. 37 bis della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, alcuni interventi da realizzarsi in project financing, e segnatamente, per quanto qui interessa, relativi alla costruzione di tre parcheggi pubblici interrati da ubicare in Bari al corso Cavour, alla piazza Cesare Battisti, alla piazza Giulio Cesare;
- con avviso pubblicato il 31 maggio 2002 è stata quindi indetta procedura per la valutazione delle proposte, complete di elaborati, da presentarsi a cura delle imprese interessate;

- in esito alle operazioni della commissione di valutazione all'uopo nominata è risultata prima graduata, quanto al parcheggio interrato da realizzare alla piazza Giulio Cesare la proposta presentata dalle società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l.;

- con deliberazione della Giunta municipale di Bari del 23 gennaio 2003 è stata quindi individuata, ai sensi dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, la proposta presentata dalle società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l. come quella di pubblico interesse "...in quanto ha realizzato l'ottimale combinazione di tutti gli elementi di valutazione e, quindi, rappresenta la soluzione migliore per l'Amministrazione comunale perché più adeguata, efficace e vantaggiosa per il raggiungimento dell'interesse pubblico e meglio aderente agli indirizzi e programmi dell'Amministrazione";

- con deliberazione di Giunta municipale n. 589 del 3 luglio 2003, è stata poi indetta la gara a licitazione privata, ai sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del parcheggio pubblico interrato da ubicare in Bari alla piazza Giulio Cesare, con successiva pubblicazione dell'avviso e del bando.

Avverso gli atti impugnati, le società ricorrenti hanno dedotto le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità manifesta; illegittimità derivata ed illegittimità dell'atto presupposto, perché il progetto di cui alla proposta delle controinteressate posto a base di gara "...è inesequibile se non

apportandovi modificazioni e integrazioni non meglio precisate...contrasta infatti con le norme di sicurezza in materia di protezione antincendi praticamente sotto tutti i profili...”, né rileverebbe che nella conferenza di servizi svoltasi il 5 maggio 2003 il comandante provinciale dei vigili del fuoco abbia espresso il proprio nullaosta all’esecuzione del progetto perché esso è condizionato alle modifiche indicate dallo stesso comandante nella nota del 30 aprile 2003 e la licitazione privata, per come regolata, non consentirebbe di introdurre varianti progettuali se non limitatamente ad aspetti migliorativi e particolari esecutivi.

2) Violazione dei principi in materia di pubbliche procedure. Eccesso di potere per contraddittorietà ed irragionevolezza manifesta, perché la stima dei costi relativi alla proposta prescelta e posta a base della gara è inattendibile non comprendendo gli oneri per lo spostamento dei sottoservizi pari a oltre 400.000 euro, ma la previsione della minore somma di 100.000 euro, e tenuto conto che il bando di gara vieta offerte in aumento non è possibile formulare offerte appropriate.

3) Violazione e falsa applicazione dell’art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta; illegittimità derivata ed illegittimità dell’atto, perché è stata omessa “...la preventiva valutazione di ‘fattibilità’ di ciascuna proposta...che deve necessariamente precedere la comparazione delle proposte e non può essere ritenuta assorbita dall’esame comparativo delle stesse, né dalla attribuzione di punteggi”. In altri termini, non si sarebbe immotivatamente proceduto a valutare l’ammissibilità delle proposte presentate comportante integrazioni tali da modificare le caratteristiche essenziali dell’intervento (realizzazione

di un congruo numero di posti auto aggiuntivi rispetto a quelli indicati nell'avviso pubblico di selezione).

Nel giudizio si è costituito il Comune di Bari che, con atto di stile, ha dedotto l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso.

Nel giudizio si sono costituite, in via autonoma, le società controinteressate intimate DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l., che con i controricorsi e con memorie difensive depositate il 19 aprile 2004 hanno dedotto l'infondatezza del ricorso:

- quanto al motivo sub 1) perché il Comandante provinciale dei Vigili del fuoco ha comunque espresso, in sede di conferenza di servizi, il proprio nullaosta alla realizzazione della proposta progettuale poi posta a base della gara con indicazioni ai fini della realizzazione del progetto definitivo, cui pertengono gli aspetti specifici attinenti alla prevenzione incendi;

- quanto al motivo sub 2) perché il costo dello spostamento dei sottoservizi esso è ricompreso nell'analisi di sensitività della proposta delle controinteressate, che stima un aumento prudenziale dei costi di costruzione pari al 5%, che aggiunto alla specifica voce relativa allo spostamento contenuta nel piano finanziario, ascende alla somma di € 1.539.002,00 ben superiore a quella indicata dalle ricorrenti per tale voce, pari a € 300.000,00 circa;

- quanto al motivo sub 3), perché la valutazione dell'ammissibilità della proposta prescelta risulta dalla stessa sua positiva valutazione e dall'assegnazione del miglior punteggio; e perché la previsione, nella proposta presentata dalle controinteressate, di un numero maggiore di posti auto va coordinata con la previsione dell'avviso pubblico della facoltà di

presentare proposta integrativa e migliorativa rispetto alle indicazioni orientative fornite dall'amministrazione comunale.

Agli avversi rilievi, le società ricorrenti hanno replicato con memoria difensiva depositata il 15 aprile 2004.

All'udienza pubblica del 21 aprile 2004 il ricorso è stato discusso e riservato per la decisione.

DIRITTO

1.) Il Tribunale ritiene opportuno premettere all'esame del ricorso un quadro di riferimento, concettuale e normativo, sulla peculiare procedura relativa alla realizzazione di opere pubbliche e/o di pubblica utilità mediante il ricorso al *project financing*.

1.1) Generalità sul project financing

La locuzione ***project financing***, correttamente traducibile come *finanza di progetto*, sta a designare una variegata ed ampia gamma di strutture o tecniche finanziarie *rivolte*, appunto, *al finanziamento di specifici progetti di investimento*, e quindi caratterizzate da operazioni finanziarie ciascuna con proprie precipue caratteristiche, esattamente studiate e "ritagliate" sul progetto da finanziare.

Tali strutture finanziarie si differenziano nettamente da quelle, tradizionali, della ***corporate finance***, cioè della *finanza d'impresa, rivolte invece al sostegno finanziario generale di una determinata impresa*, e quindi imperniate, in linea di massima, sulla valutazione del patrimonio dell'impresa da ammettere al credito e su garanzie di tipo reale o personale, o in senso più ampio e comprensivo *sulla capacità autonoma di indebitamento* dell'impresa.

Nel project financing l'iniziativa imprenditoriale specifica da finanziare è valutata, invece, in funzione dell'analisi della redditività e dei flussi di cassa (**cash flow**) che essa è in grado di generare, che costituiscono la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio.

Esso rispecchia interessi convergenti dell'impresa e delle banche, poiché realizza, generalmente, una netta separazione giuridica ed economica (**ring fence**) tra il progetto, ovvero l'iniziativa da finanziare, e la generalità delle attività del promotore dell'iniziativa, di solito attraverso la costituzione di una apposita società di progetto (S.P.V.: special purpose vehicle o project company), la cui finalità specifica è appunto la realizzazione e comunque la gestione del progetto, e quindi mediante un soggetto giuridico affatto nuovo e distinto dal promotore.

Ciò consente di limitare il capitale di rischio investito dal promotore al capitale versato nella società di progetto, evitando che il promotore debba inserire nei suoi bilanci il debito d'investimento e consentendogli di iscrivere all'attivo solo la partecipazione alla società di progetto, e ponendo al riparo il promotore dal rischio economico negativo del progetto e, specularmente, la società di progetto dal rischio economico negativo dell'attività del promotore.

Nello stesso tempo, le banche dispongono del beneficio di assicurarsi la restituzione del finanziamento in funzione del rendimento e del flusso di cassa del progetto, oltre che della consistenza patrimoniale della S.P.V., senza dover sopportare il rischio economico negativo dell'attività del promotore e la concorrenza dei suoi creditori, potendo agire anche sulla

leva di controlli e vincoli più specifici e stringenti sui contratti di finanziamento e sulla società di progetto.

Il project financing viene comunemente ricondotto all'esperienza nordamericana negli anni '30 e '40 del secolo scorso per il finanziamento del settore energetico, ed in particolare della costruzione di centrali elettriche e di impianti di estrazione petrolifera, e quindi ad un ambito strettamente privatistico (posto che erano private sia le società costituite per costruire e gestire tali impianti sia quelle interessate all'acquisto dei relativi prodotti).

Taluni, però, ravvisano la radice del project financing nel finanziamento da parte di banche di intraprese commerciali relative allo sfruttamento di determinate risorse nel "Nuovo mondo" e nei paesi del lontano Oriente, o ancor prima al finanziamento, da parte della banca fiorentina Frescobaldi, quasi settecento anni orsono, di attività estrattive di una miniera d'argento nella collina di Devon, promosse dalla Corona inglese, e ripagato dal valore dell'argento estratto.

Declinato nel corso dei secoli, tale sistema di finanziamento, dopo la sua ripresa e perfezionamento nell'esperienza nordamericana, si è poi diffuso in Europa soprattutto nel settore infrastrutturale, parallelamente al processo di privatizzazione di settori prima coperti integralmente dall'intervento pubblico ed in relazione alla crescente onerosità delle iniziative nei vari settori e alla correlativa penuria di capitali pubblici da immobilizzare a tal fine (esemplare in tal senso è la realizzazione, mediante project financing, dell'Eurotunnel, ossia del tunnel ferroviario sotto il canale della Manica),

con particolare incidenza, in termini di valore dei progetti finanziati, in Francia e Gran Bretagna.

Ciò ne ha in parte modificato i caratteri originari, introducendo la distinzione tra due modelli fondamentali: il **B.O.T. (build, operate and transfer)**, ovvero la concessione di costruzione e gestione a tempo determinato con trasferimento dell'opera dopo un certo periodo di tempo alla mano pubblica, ed il **B.O.O. (build, operate and own)** in cui manca il trasferimento finale dell'opera.

Nell'ordinamento italiano, come si vedrà più oltre, è ammesso, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità, soltanto il B.O.T., nella forma appunto della concessione di costruzione e gestione a tempo determinato ma con immediato trasferimento dell'opera alla pubblica amministrazione, salvo il riconoscimento al privato, ove previsto, di un diritto di superficie (come ad esempio, proprio nel campo dei parcheggi pubblici).

Altra distinzione teorica importante è quella tra le c.d. *opere calde* e le c.d. *opere fredde*, le prime caratteristiche di settori infrastrutturali a domanda rigida e con tariffe tali da generare sensibili flussi di cassa, e quindi di ricavi di gestione (ad esempio, parcheggi, cimiteri, reti del gas, metropolitane, impianti sportivi e ricreativi, piscine etc.), le seconde invece di settori a domanda assai elastica (es. turismo) o nei quali mancano apprezzabili flussi di cassa (edilizia sanitaria, carceraria, eventualmente giudiziaria), e che quindi non generano ricavi tali da poter ripagare l'investimento, nei quali ultimi può dunque risultare necessario un concorso finanziario pubblico.

Le c.d. opere calde, in definitiva, sono opere infrastrutturali e/o produttive di dimensioni medio-grandi, con mercato ben delimitato e a domanda tendenzialmente rigida, con un cash flow prevedibile (si pensi anche ad autostrade, aeroporti, interporti, impianti di produzione e reti di distribuzione di acqua, gas, energia elettrica).

Il cuore di ogni iniziativa da finanziare mediante project financing è costituito dal **piano economico-finanziario**, ovvero dal documento, elaborato e complesso, che evidenzia e dimostra, tra l'altro, la **bancabilità** dell'investimento, **sul piano dei costi e soprattutto dei ricavi**.

Intuitivamente favoriscono la **bancabilità del progetto**, ovvero **la sua concreta suscettività di attrarre i finanziamenti bancari**, il fatto che i costi (soprattutto quelli di costruzione, che sono i più rilevanti) siano i più bassi possibili, non varino in modo sensibile rispetto alle previsioni, siano spuntati nel modo più favorevole nel confronto concorrenziale sull'affidamento dei lavori, siano corredati da un efficiente sistema di controllo e verifica; e che i ricavi siano fondati su basi statistiche solide e attendibili e che gli eventuali contratti di cessione di prodotti e servizi siano preventivamente sottoscritti, prima dell'avvio dei lavori e comunque prima dell'avvio della gestione.

I protagonisti del project financing sono molteplici.

Ruolo centrale assumono il/i promotore/i, e la S.P.V. (Special purpose vehicle o società di progetto).

Il **promotore** (o sponsor) promuove la realizzazione dell'iniziativa sino alla fase gestionale e fornisce il capitale di rischio (si tratta per solito di imprese in joint venture o in associazione temporanea d'imprese), ed il suo compito

essenziale è la c.d. **implementazione del progetto**, cioè la sua strutturazione sotto il profilo tecnico, giuridico, finanziario, la sottoscrizione dei relativi contratti, l'avvio dei lavori di realizzazione, l'erogazione dei relativi finanziamenti per la parte assicurata in proprio dal capitale di rischio e la negoziazione dei capitali da reperire sul mercato bancario.

La **società di progetto** (S.P.V.), peraltro non esclusiva nell'ordinamento italiano del project financing (potendo essere costituita anche nella "semplice" concessione di costruzione e gestione di infrastrutture e servizi di pubblica utilità), subentra a titolo originario al concessionario, o realizzatore (che di solito finisce per coincidere col promotore), e ad essa è affidata, come già visto, la gestione dell'opera una volta realizzata.

I **finanziatori** sono in senso proprio le banche che forniscono il capitale da investire nella realizzazione dell'opera.

Le banche, peraltro, intervengono nella fase di elaborazione del progetto anche come consulenti finanziari (**financial advisor**) e organizzatori del prestito (**arrangers**), come pure in tale fase figurano società di servizi e società di revisione; nell'ordinamento italiano alle banche compete anche l'asseverazione del piano economico-finanziario.

Le **autorità pubbliche** svolgono ruolo assai incisivo, sia in fase di programmazione delle opere da realizzare mediante project financing, sia con eventuali sostegni finanziari o sgravi fiscali, sia assicurando gli adempimenti amministrativi necessari per la costruzione dell'opera.

Sempre sul piano generale, le fasi del project financing possono distinguersi nella:

- a) **identificazione del progetto**, con la individuazione dell'idea progettuale, la sua strutturazione tecnico-giuridica e finanziaria, la sottoscrizione dei contratti per la sua realizzazione; in tale fase alla definizione dell'idea progettuale segue la sua verifica (**studio di fattibilità**) da parte dell'advisor finanziario e l'elaborazione del c.d. **information memorandum** (documento informativo preliminare), che contiene tutte le informazioni sul progetto, ivi compresi il **piano economico-finanziario** ed il **therm sheet**, ovvero il documento sintetico sul finanziamento, la sua composizione, i termini di utilizzo e rimborso del prestito, il tasso d'interesse passivo, le banche finanziatrici, il pacchetto delle garanzie, l'insieme degli impegni, obblighi e limitazioni che gravano sul debitore (**covenant**); in effetti l'information memorandum è un documento complesso e composito (descrizione di progetto, promotori e struttura societaria; quadro normativo e rapporti con le autorità pubbliche; caratteristiche, specifiche tecniche, capacità produttiva, modalità e tempi di realizzazione delle opere e loro manutenzione; tecnologia del progetto; impatto ambientale; caratteristiche del mercato di finanziamento; gestione dell'iniziativa; modello economico-finanziario; struttura finanziaria del progetto; garanzie e aspetti assicurativi);
- b) **implementazione del progetto**, in cui si provvede alla sottoscrizione dei contratti, all'avvio dei lavori di costruzione, all'erogazione dei finanziamenti, fase che termina con il collaudo delle opere;
- c) **gestione operativa** dell'opera realizzata, con il rimborso del debito finanziario mediante il flusso dei ricavi ed il ripagamento del capitale di rischio: il rimborso pone termine all'operazione in project financing e da quel momento inizia la fase economicamente attiva per la S.P.V.

Particolare interesse assume, nella fase di identificazione dell'iniziativa il c.d. studio preliminare di fattibilità, che compete euristicamente al financial advisor, e che è inteso a individuare i primi elementi progettuali attraverso i c.d. test di viabilità tecnica ed economico-finanziaria, e in definitiva a verificare se il progetto è strutturabile in project financing, anche mediante i possibili "scenari economico-finanziari".

Importanza cruciale assume l'analisi del progetto da parte della banca, come financial advisor o ai fini dell'asseverazione del piano economico-finanziario, che attiene ai promotori, al mercato, al profilo tecnico, ai costi, alle garanzie, ai flussi di cassa attesi, ai tempi ai fini delle operazioni di capitalizzazione e sconto.

Poiché la validità economico-finanziaria di un progetto è funzione di una serie di variabili, la identificazione di quest'ultime e la loro previa valutazione diventa fondamentale: tale è il compito della c.d. analisi di sensitività, che serve appunto a individuare le varianti strategiche, cioè i fattori per i quali una piccola variazione rispetto all'ipotesi di base determina un significativo cambiamento della performance di un progetto, e i parametri minimi accettabili di ogni variante strategica, ovvero la misura di discostamento dall'ipotesi di base entro la quale è comunque assicurata la bancabilità dell'iniziativa (tali variabili attengono alla domanda del bene o servizio, al suo prezzo, al livello dei costi di costruzione e gestione, al livello dei ricavi, al tempo di realizzazione, al tasso d'interesse passivo sul debito, all'incidenza di imposte e tasse, alla struttura delle fonti di finanziamento).

Nell'analisi del progetto, ed in particolare del piano economico-finanziario, assume importanza notevole il rapporto tra capitale proprio di rischio (equity) e capitale di debito (debt), espresso dalla formula equity/debt; il capitale di rischio è quello fornito dai mezzi propri investiti dal promotore, di solito attraverso il capitale sottoscritto nella S.P.V.; una composizione quanto più ottimale della struttura delle fonti di finanziamento, ossia del rapporto equity/debt, è essenziale per massimizzare il valore economico dell'investimento, ovvero minimizzare il costo del capitale di debito: una significativa partecipazione del promotore con capitale di rischio proprio è importante ai fini della bancabilità del progetto, perché le banche difficilmente accettano di correre un rischio commerciale pieno sul progetto, tenuto conto che assai di rado sono disposte ad assumere il ruolo di investitori quali soci della S.P.V.

1.2) Il project financing nella disciplina di diritto positivo

Così delineate le linee generali tecnico-economiche e finanziarie del project financing, occorre esaminare la disciplina di diritto positivo relativa alla sua utilizzazione quale sistema di realizzazione delle opere pubbliche e di pubblica utilità, che nell'ordinamento italiano ne connota la concreta disciplina e strutturazione.

1.2.1) Com'è noto, l'**art. 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109** ("Legge quadro in materia di lavori pubblici"), introdotto dall'**art. 11 della legge 18 novembre 1998, n. 415** (recante "Modifiche alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici") e modificato dall'**art. 7 comma 1 della legge 1° agosto 2002, n. 166** (recante

“*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*”), intitolato al “*Promotore*”, ha stabilito che:

“I soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati «promotori», possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici ***proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale*** di cui all’articolo 14, comma 2, ***ovvero negli strumenti di programmazione*** formalmente approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ***tramite contratti di concessione***, di cui all’articolo 19, comma 2 (concessione di costruzione e gestione: n.d.e.) ***con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi***. Le proposte sono presentate ***entro il 30 giugno*** di ogni anno ***oppure***, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, ***entro il 31 dicembre***. Le proposte devono contenere uno ***studio di inquadramento territoriale e ambientale***, uno ***studio di fattibilità***, un ***progetto preliminare***, una ***bozza di convenzione***, un ***piano economico-finanziario*** asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall’istituto di credito stesso ed iscritte nell’elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell’articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell’articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una ***specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*** nonché l’indicazione degli elementi di cui all’articolo 21, comma 2, lettera b) (prezzo, valore tecnico ed estetico dell’opera progettata, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, modalità di gestione, livello e criteri di

aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare: n.d.e), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice; il regolamento detta indicazioni per chiarire ed agevolare le attività di asseverazione. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere d'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo, soggetto all'accettazione da parte della amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario. I soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'articolo 14 della presente legge, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità. Tale presentazione non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti" (comma 1).

“Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti ***dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali***, specificati dal regolamento (cfr. **art. 99 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554**, recante il “*Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni*”: n.d.e.) , nonché i ***soggetti di cui agli articoli 10*** (imprese individuali, anche artigiane, società

commerciali, società cooperative, consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane, consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili, associazioni temporanee di concorrenti, consorzi di concorrenti, soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico - G.E.I.E: n.d.e.) e 17, comma 1, lettera f) (società di ingegneria: n.d.e.), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (si tratta dei settori nei quali le fondazioni bancarie possono esercitare imprese coerenti con le finalità statutarie e detenere partecipazioni di controllo in società ed enti che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di tali imprese: n.d.e). Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale" (comma 2).

“Entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui al comma 1, ***le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica***, pubblicando un ***avviso indicativo*** con le modalità di cui all'articolo 80 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché

pubblicando lo stesso avviso, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito informatico individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 24 della legge 24 novembre 2000, n. 340, e, ove istituito, sul proprio sito informatico. L'avviso è trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici che ne dà pubblicità. Fermi tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della presente legge” (comma 2 bis).

“Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, ***le amministrazioni aggiudicatrici provvedono:*** a) alla ***nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento;*** b) alla ***verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione***” (comma 2 ter).

A sua volta l'**art. 37 ter**, esso pure aggiunto dall'art. 11 della legge n. 418 del 1998 e modificato dall'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 166 del 2002, e intitolato “*Valutazione della proposta*”, prevede che:

“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi

ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, *provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse*. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione. Nella procedura negoziata di cui all'articolo 37 *quater* il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione”.

L'art. 37 *quater*, anch'esso aggiunto dall'art. 11 della legge n. 415 del 1998 e modificato dall'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 166 del 2002, intitolato “*Indizione della gara*”, dispone a sua volta che:

“Entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'articolo 37-*ter* di ogni anno *le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse*, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 8, ultimo periodo, e, *al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 19*, comma 2, *procedono, per ogni proposta individuata*:

a) *ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa* di cui all'articolo 21, comma 2, lettera b), *ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore*, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, *nonché i valori degli elementi necessari per la*

determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore; è altresì consentita la procedura di appalto-concorso;

b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); *nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto*" (comma 1).

"La proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso qualora non vi siano altre offerte nella gara ed è garantita dalla cauzione di cui all'articolo 30, comma 1, e da una ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo, da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara" (comma 2).

"I partecipanti alla gara, oltre alla cauzione di cui all'articolo 30, comma 1, versano, mediante fidejussione bancaria o assicurativa, un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari all'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo" (comma 3).

"Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall'amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dal soggetto aggiudicatario ai sensi del comma 3" (comma 4).

“Nel caso in cui la gara sia esperita mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata di cui al comma 1, lettera *b*), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all’altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, il rimborso delle spese sostenute e documentate nei limiti dell’importo di cui all’articolo 37 *bis*, comma 1, quinto periodo. Il pagamento è effettuato dall’amministrazione aggiudicatrice prelevando tale importo dalla cauzione versata dall’aggiudicatario ai sensi del comma 3” (comma 5).

L’**art. 37 quinquies**, aggiunto dall’art. 11 della legge n. 415 del 1998 e modificato dall’**art. 6 della legge 17 maggio 1999, n. 144**, intitolato alla “*Società di progetto*”, stabilisce poi che:

“Il bando di gara per l’affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l’aggiudicatario ha la facoltà, dopo l’aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l’ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell’offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all’articolo 37- quater. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all’aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell’aggiudicatario” (comma 1).

“I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 *si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci*, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi” (comma 1 bis).

“Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, *la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l’aggiudicatario in tutti i rapporti con l’Amministrazione concedente*. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d’opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell’Amministrazione per l’eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie ed assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d’opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell’opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, *fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società* ed a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell’opera. L’ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche ed

altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento” (comma 1 ter).

L’**art. 37 sexies**, aggiunto dall’art. 11 della legge n. 418 del 1998 e intitolato “*Società di progetto: emissione di obbligazioni*”, autorizza poi le società di progetto ad emettere obbligazioni anche in deroga ai limiti di cui all’art. 2410 cod. civ. (limiti superati dalla novella di cui all’art. 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6); mentre l’**art. 37 septies**, aggiunto dall’art. 11 della legge n. 418 del 1998 e intitolato “*Risoluzione*”, stabilisce i rimborsi dovuti al concessionario nel caso di risoluzione della concessione per inadempimento del concedente o di revoca per ragioni di pubblico interesse; l’**art. 37 octies**, aggiunto dall’art. 11 della legge n. 415 del 1998 e intitolato “*Subentro*”, consente agli enti finanziatori di evitare la risoluzione della concessione per inadempimento del concessionario indicando una società che possa subentrare nella concessione e che, a certe condizioni, il concedente è tenuto ad accettare; infine l’**art. 37 nonies**, aggiunto dall’art. 11 della legge n. 415 del 1998 e intitolato “*Privilegio sui crediti*”, riconosce a certe condizioni un privilegio generale sui beni mobili del concessionario in favore dei soggetti finanziatori della realizzazione di lavori pubblici o di opere di pubblica utilità e della gestione di pubblici servizi.

1.2.2) Peculiarità del project financing nella disciplina di diritto positivo; orientamenti dell’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e della giurisprudenza amministrativa.

La disciplina di diritto positivo del *project financing* ai fini della realizzazione di lavori pubblici e opere di pubblica utilità si discosta, com'è evidente, dall'astratto modello esaminato sub 1.1).

La finanza di progetto è ammessa soltanto nel quadro di specifiche previsioni programmatiche (dovendo i lavori relativi essere inseriti nel programma triennale dei lavori pubblici o comunque in specifici atti programmatici), sia pure col temperamento di consentire a soggetti pubblici e privati di presentare proposte d'intervento anche nella fase ed ai fini dell'elaborazione del programma triennale; la/le proposta/e devono essere presentate mediante precise scadenze temporali (30 giugno o 31 dicembre di ogni anno) a seguito della pubblicazione di avviso indicativo annuale e devono essere asseverate da un istituto di credito, da una società di servizi o da una società di revisione; la proposta ha un contenuto tipizzato; la valutazione tecnica relativa alla fattibilità della proposta, da parte dell'amministrazione, in base ad una pluralità di parametri, non implica ex se la sua approvazione o adozione, ai cui fini rileva anche la valutazione, di squisita discrezionalità, della sua rispondenza all'interesse pubblico, da esprimere entro termine contenuto; l'unico modello ammesso di realizzazione della proposta è la concessione di costruzione e gestione di cui all'art. 19 comma 2 della legge n. 104 del 1999 (e quindi il c.d. B.O.T.: build, operate and transfer); l'approvazione della proposta apre la strada ad una procedura concorsuale (licitazione privata mediante offerta economicamente più vantaggiosa o appalto concorso) finalizzata non già all'aggiudicazione diretta della concessione, sebbene alla individuazione di non più di due soggetti coi quali instaurare una procedura negoziata alla

quale partecipa anche il promotore, che peraltro rimane vincolato alla sua proposta e rimane aggiudicatario della concessione se nella gara non vi siano altre offerte ammesse o se nella procedura negoziata adegui la proposta a quella (diversa dalla propria) che l'amministrazione giudichi più conveniente.

L'**Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici** ha avuto modo di chiarire alcuni aspetti importanti della ricordata disciplina.

Così, è stato precisato che:

- l'avviso indicativo annuale deve specificare l'importo dei lavori, la tipologia delle commesse, la località dell'esecuzione dell'intervento **(deliberazione n. 55 (R/85-04) del 31 marzo 2004)**;
- le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 166 del 2002 non alterano nella sostanza la fase della presentazione della proposta e della sua valutazione da parte dell'amministrazione e sono di immediata applicazione **(determinazione n. 27 (Q/217) del 16 ottobre 2002)**;
- l'asseverazione del piano economico-finanziario non deve intendersi come attribuzione al sistema bancario di una nuova e differente posizione giuridica, ma si risolve in una "attestazione qualificata", che giova sia alla pubblica amministrazione nelle sue autonome valutazioni sia al mercato che dispone di un piano economico finanziario "proponibile" alla comunità dei finanziatori **(atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001)**;
- la valutazione della/e proposta/e si distingue in una preliminare fase di valutazione propriamente tecnica e in una fase di valutazione discrezionale della rispondenza al pubblico interesse delle proposte ritenute tecnicamente valide **(determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001)**;

- al fine della valutazione della/e proposta/e le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi di supporti tecnici, anche mediante la nomina di commissioni (**nota dell'ufficio affari giuridici n. 37191**);

- la gara per la selezione delle altre due offerte da comparare con la proposta in sede di procedura negoziata deve avere a base il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato secondo le determinazioni delle amministrazioni, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura prevista dal piano economico-finanziario, e solo tali elementi documentali sono accessibili, non anche il piano economico-finanziario che come documento a se stante resta riservato "...in quanto afferente alle sue scelte imprenditoriali, alla sua organizzazione di impresa (sotto il profilo finanziario e patrimoniale), alle sue strategie ed in generale a quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato" (**determinazione n. 4 del 6 marzo 2002**);

- i partecipanti alla licitazione privata indetta ai sensi dell'art. 37 quater (ovviamente il discorso è diverso in caso di appalto concorso) non sono tenuti nell'offerta a proporre varianti al progetto del promotore posto a base di gara e quindi il rimborso della spesa non dipende dalla introduzione di varianti progettuali e prescinde, in funzione della sua misura forfetaria, dalla verifica di quella effettivamente sostenuta (**atto di regolazione n. 51 del 26 ottobre 2000**).

A sua volta **la giurisprudenza amministrativa** ha posto alcuni punti fermi:

- le modalità del confronto concorrenziale per l'individuazione e adozione della proposta sono meno formali e più libere rispetto a quelle tipizzate per le gare d'appalto in senso proprio (**T.A.R. Lombardia, Milano, 22 Giugno 2000 n. 2036**), ancorché la fissazione di criteri di valutazione e correlati punteggi debba necessariamente precedere, secondo un principio di correttezza, l'apertura dei plichi contenenti le proposte (**T.A.R. Sicilia, Palermo, 30 giugno 2004, n. 1358**);
- è senz'altro ammissibile che l'amministrazione solleciti la presentazione di proposte in project financing mediante avviso pubblico inteso alla presentazione ed al confronto concorrenziale di una pluralità di proposte (**T.A.R. Marche, 11 aprile 2003, n. 241**);
- la procedura di project financing può riguardare anche i settori esclusi i cui appalti pubblici sono normati dal d.lgs. 158 del 1995 (**T.A.R. Sardegna, 30 novembre 2001, n. 1288**);
- sono legittimati a presentare proposte in project financing non solo associazioni temporanee d'impresa già costituite ma anche costituende (**Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468**) o singole imprese (**Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916**), ed anche un raggruppamento di cui sia parte un'azienda partecipata o controllata dall'amministrazione interessata, come pure è consentita la successiva modificazione del raggruppamento promotore (**T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002, n. 645**);
- la valutazione ed esclusione della/e proposta/e compete alla commissione tecnica all'uopo costituita e non al responsabile del procedimento (**T.A.R. Veneto, 19 Giugno 2002, n. 3051**);

- nel confronto concorrenziale tra le proposte deve escludersi in linea di massima il potere dell'amministrazione di richiedere integrazioni documentali che potrebbero comportare integrazioni alla proposta (**T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 gennaio 2004, n. 914**) e quindi relative, ad esempio, al piano economico-finanziario (**T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449**), limiti che non sussistono, invece, nella successiva procedura negoziata in cui può ipotizzarsi una sorta di "dialogo tecnico" sulla proposta (**T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 Luglio 2002, n. 1547**);
- l'amministrazione non può modificare radicalmente l'impostazione della proposta prescelta, e tantomeno del piano economico-finanziario asseverato (**T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 Luglio 2001, n. 4729**; **T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449**), ma può consentire che assieme alla gestione dell'opera pubblica o di pubblica utilità sia prevista per il concessionario l'alienabilità di parte dell'opera (in caso ad esempio di parcheggi: cfr. **T.A.R. Umbria, 14 Gennaio 2002, n. 23**);
- il piano finanziario ha ruolo essenziale e centrale nella proposta di project financing e così le relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio (**Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916**; **T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449**; **T.A.R. Lombardia, Milano, 2 luglio 2001 n. 4729**);
- tanto il promotore quanto la società di progetto sono legittimati ad impugnare l'esito della licitazione privata o dell'appalto concorso indetto ai sensi dell'art. 37 quater (**T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 18 marzo 2002, n. 1140**).

2.) Esame del ricorso

Così delineato il quadro di riferimento concettuale e normativo imprescindibile per l'esatta comprensione dei vari profili problematici della controversia in esame, occorre esaminare di seguito le censure dedotte in ricorso.

2.1) Quanto al **motivo sub 1)** del ricorso, con lo stesso è stata dedotta la sostanziale **ineseguibilità dell'opera** in relazione alla **pretesa mancata più puntuale definizione dei particolari del sistema di protezione antincendio** .

La censura è destituita di giuridico fondamento.

Sotto un primo profilo, va osservato infatti che *la puntuale specificazione dei criteri di progettazione delle strutture ed impianti per quanto riguarda "...la sicurezza, la funzionalità e l'economia della gestione" è contenuto tipico della relazione descrittiva del progetto definitivo* (cfr. art. 26 d.P.R. n. 554 del 1999) e quindi che *non vi erano da apportare "modificazioni e integrazioni non meglio precisate" sebbene solo il consueto affinamento tipico del passaggio dal livello della progettazione preliminare a quello della progettazione definitiva;*

Sotto altro profilo, pure decisivo, non può non rilevarsi che in sede di conferenza di servizi del 5 maggio 2003 *il comandante provinciale dei vigili del fuoco ha espresso nullaosta all'esecuzione del progetto predisposto dalle controinteressate*, salve le ovvie integrazioni da apportare in sede di redazione del progetto definitivo, *che non si risolvono affatto, com'è ovvio, in varianti o miglioramenti in senso proprio e tecnico.*

2.2) Con il **motivo sub 2)** del ricorso è stato dedotto che **non sarebbero stati considerati gli oneri per lo spostamento dei sottoservizi**, così rendendo del tutto inattendibile le stime dei costi a base di gara.

Al riguardo deve osservarsi, anzitutto, che **a livello di progettazione preliminare è richiesto solo un calcolo sommario della spesa.**

Inoltre, secondo le incontrastate deduzioni delle essi controinteressate, **i suddetti oneri trovano comunque riferimento e capienza nell'analisi di sensitività della proposta, e non implicano affatto snaturamento del metodo di aggiudicazione** della licitazione privata per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione.

I rilievi che precedono denotano quindi l'infondatezza anche di tali censure.

2.3) Non hanno, da ultimo, maggior pregio giuridico le censure svolte nel **motivo sub 3)** del ricorso attinenti alla pretesa **carenza di una preventiva valutazione di fattibilità delle proposte presentate** (che avrebbe dovuto precedere la comparazione in senso proprio delle stesse e che non potrebbe ritenersi da questa sostituita o integrata, neanche mediante l'attribuzione dei punteggi in riferimento ai vari elementi valutativi e ai subcriteri stabiliti dalla commissione) nonché alla denunciata **inammissibilità della previsione di un numero aggiuntivo di stalli per auto rispetto a quello indicato nell'avviso di selezione.**

Entrambe le censura sono destituite di qualsivoglia fondamento giuridico.

2.3.1) Come già esaminato sub 1.1), nel modello generale del project financing lo studio di fattibilità della proposta costituisce una fase della sua elaborazione e compete al financial advisor, ed i relativi dati confluiscono,

assieme al piano economico-finanziario ed al term sheet nel c.d. information memorandum.

Nel modello normativo del project financing strutturato ai fini della realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e **secondo il chiaro ed inequivoco enunciato dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, la valutazione in ordine alla fattibilità della proposta è invece la risultante dell'esame di una pluralità di elementi, sicché non è sostenibile che sia non che dovuta nemmeno consentita una sorta di analisi preliminare di fattibilità distinta dalla valutazione complessiva della proposta condotta sulla base di tutti e di ciascuno di quegli elementi.**

L'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, aggiunto dall'art. 11 della legge n. 418 del 1998 e modificato dall'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 166 del 2002, e intitolato “Valutazione della proposta”, prevede al primo comma che:

“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, **esaminano le proposte stesse anche comparativamente**, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, **provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse...”**

In altri termini la valutazione di fattibilità della proposta coincide con la valutazione globale di quegli elementi, ne è la risultante, esprime in chiave riassuntiva e sintetica il giudizio tecnico, economico e finanziario cui è chiamata l'amministrazione, in genere la commissione all'uopo costituita, *salvo l'apprezzamento, di squisita discrezionalità e che compete in modo precipuo all'amministrazione, della rispondenza della proposta all'interesse pubblico.*

Sicché non solo la commissione tecnica non era tenuta ad alcuna pretesa valutazione preliminare di fattibilità delle proposte disgiunta dal loro esame sotto tutti i parametri enunciati dall'art. 37 ter, ma ove avesse diversamente operato sarebbe incorsa in palese violazione della disposizione, questa sì censurabile sul piano della legittimità.

2.3.2) L'avviso di selezione ha avuto cura, poi, di precisare che *“le analisi di prefattibilità (predisposte dagli uffici comunali: n.d.e.) non precludono al promotore, a sua autonoma valutazione, la facoltà di presentare proposte integrative e migliorative”.*

Tale clausola legittima appieno quindi la previsione nella proposta delle controinteressate della realizzazione di un numero aggiuntivo di stalli per auto rispetto a quelli orientativamente indicati nell'avviso pubblico.

3.) Alla stregua delle osservazioni svolte, deve senz'altro respingersi il ricorso.

4.) La relativa novità e complessità delle questioni affrontate giustifica, infine, la compensazione tra le parti delle spese ed onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sede di Bari - Sezione

I, così provvede sul ricorso in epigrafe n. 1844 del 2003:

- 1) rigetta il ricorso;
- 2) dichiara interamente compensate, tra le parti, le spese ed onorari del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Bari nelle Camere di Consiglio del 21 aprile e 19 maggio 2004, con l'intervento dei magistrati:

Gennaro	FERRARI	Presidente
Leonardo	SPAGNOLETTI	Componente est.
Fabio	MATTEI	Componente