



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5906 del 2011, proposto da:
Comune di Trecase, rappresentato e difeso dall'avv. Gian Luca Lemmo, con domicilio eletto presso Giovan Battista Santangelo in Roma, via Giovanni Battista De Rossi n. 30;

contro

Società Costruzioni Generali & Appalti - Co.G.&AP. s.p.a., Società Lavori Generali s.p.a., entrambe rappresentate e difese dagli avv. Paolo Vosa e Giuliana Vosa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arturo Leone in Roma, via Ajaccio N. 14;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02433/2011, resa tra le parti, concernente PROJECT FINANCING PER INTERVENTO DI AMPLIAMENTO E GESTIONE DEL CIMITERO COMUNALE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Costruzioni Generali & Appalti - Co.G. & AP. s.p.a. e Società Lavori Generali s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Nicola Marcone, su delega dell'avv. Gian Luca Lemmo e Enrico Soprano, su delega degli avv.ti Vosa Giuliana e Paolo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Costruzioni Generali & Appalti - Co.G.&AP. s.p.a. partecipava alla procedura di project financing ai sensi dell'art. 153 d.lgs. n. 163/06, indetta con delibera di giunta del Comune di Trecase n. 66 del 15 maggio 2006, per l'individuazione della proposta di pubblico interesse per i lavori di ampliamento del cimitero dei Comuni di Trecase e Boscotrecase, presentando una proposta che veniva collocava al primo posto della graduatoria, con 74,3 punti.

Ciò nondimeno l'amministrazione decideva di non dichiararla di pubblico interesse, per mancato raggiungimento della soglia minima di 80 punti fissata nel bando.

Contro questa determinazione e gli atti della commissione di gara proponevano ricorso al TAR Campania – Napoli la suddetta società e la cessionaria di ramo d'azienda ex art 51 d.lgs. n. 163/06 la Società

Lavori Generali s.p.a., formulando un unico motivo nel quale si censurava l'applicazione della formula matematica per l'assegnazione dei punteggi relativi agli elementi di valutazione dell'offerta di natura qualitativa. La doglianza si sostanziava nella mancata osservanza delle metodologie di calcolo di cui alle linee guida fissate dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione n. 4 del 20 maggio 2009 in caso di applicazione del criterio attributivo consistente nella media dei punteggi nel *range* tra 0 ed 1 assegnato da ciascun membro della commissione.

Con atto contenente motivi aggiunti le due società impugnavano la delibera consiliare n. 9 dell'8 luglio 2010, di approvazione del nuovo piano triennale di lavori pubblici e la conseguente determinazione dirigenziale di revoca del bando di indizione della procedura di project financing, deducendone l'illegittimità in via di derivazione rispetto agli atti di gara ed in via autonoma per violazione degli artt. 2 e 128 d.lgs. 163/2006, art. 172 d. lgs. 267/2000, art. 1 del d.m. trasporti del 9 giugno 2005, nonché per genericità dei presupposti e violazione dei principi di efficienza e correttezza ed in materia di revoca dei provvedimenti ricavabili dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990.

Con il medesimo atto veniva proposta domanda di risarcimento del danno o in subordine di indennizzo.

Nel contraddittorio con l'amministrazione resistente il TAR adito accoglieva l'impugnativa, ritenendo illogico l'operato della commissione nell'attribuzione dei punteggi per i predetti profili di

natura qualitativa senza la metodologia correttiva suggerita nella determina n. 4 del 2009 dell'AVCP.

Il giudice di primo grado reputava illegittima anche la successiva revoca del bando, non solo per l'erroneità del presupposto della mancanza di proposte di pubblico interesse nella procedura revocata accertata a monte, ma anche, in via autonoma, per genericità e contraddittorietà tra il dichiarato obiettivo di contenimento delle spese di finanziamento delle opere pubbliche con l'assenza di esborsi a carico dell'ente pubblico realizzabile attraverso la finanza privata di progetto.

Contro la decisione del primo giudice propone appello il Comune di Trecase, chiedendone la riforma con ricorso affidato a tre motivi.

Ne chiedono invece la conferma le due società ricorrenti in primo grado, costituitesi in resistenza.

All'udienza del 3 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo d'appello si critica la decisione del primo giudice rilevandosi innanzitutto che le società ricorrenti non hanno offerto la prova di resistenza ed in secondo luogo osservando che nessuna censura al proprio operato può essere mossa una volta rispettati i criteri stabiliti dall'allegato B al d.P.R. n. 554/99 nell'attribuzione dei punteggi.

Con il secondo motivo si contesta l'applicabilità delle linee guida dell'AVCP stabilite nella determina n. 4 del 2009, evidenziandosene la natura non normativa e pertanto la mancanza di efficacia cogente,

nonché, in ogni caso, la posteriorità rispetto alla pubblicazione del bando.

Con il terzo motivo si critica il giudizio di illegittimità della delibera di revoca del bando, sostenendosi in contrario che tale atto costituisce espressione di ampia discrezionalità riservata all'amministrazione nel valutare gli interessi pubblici sottesi alla fattispecie e che la controparte non può vantare alcuna posizione qualificata.

I motivi sono fondati, potendosi prescindere dall'eccezione di carenza di interesse riproposta in questo grado di giudizio dal Comune appellante per mancato superamento della prova di resistenza.

Pacifico il rispetto dei criteri normativi previsti nell'attribuzione dei punteggi, così come previsti (in allora) dall'allegato B al d.p.r. n. 554/99, nei primi due motivi, che per la loro intima connessione possono essere esaminati congiuntamente, si rileva che il metodo correttivo c.d. della riparametrizzazione, stabilito nella citata determina dall'AVCP nel caso di applicazione del metodo di attribuzione dei punteggi consistente nella media tra 0 ed 1 - consistente, in estrema sintesi, nel ragguaglio delle medie dei punteggi conseguiti nell'elemento dell'offerta di natura qualitativa al punteggio massimo, così da innalzare verso detto massimo teorico il punteggio concreto - non sostanzia un precetto cogente, essendo enunciato in un atto privo di efficacia normativa e per giunta emanato posteriormente al bando della gara per cui è giudizio.

Del resto, sulla base di questa incontestabile premessa il TAR ha enucleato a sostegno della statuizione di annullamento un profilo di

eccesso di potere, consistente nella contraddittorietà, da un lato, tra la (legittima) previsione di una soglia minima di sufficienza per la valutazione delle offerte ed il peso degli elementi di carattere qualitativo delle stesse e l'effetto di appiattimento verso il basso che l'applicazione del criterio impiegato dalla commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi per tali elementi comporta.

Nondimeno, il TAR non ha tenuto conto che la fase di individuazione della proposta di pubblico interesse costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale dell'amministrazione, essendo preordinata *“non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore”* (Cons. St., Ad. Plen. n. 2155/2010).

Il principio di diritto espresso nel precedente ora richiamato, cui questo Collegio intende dare continuità, ha immediate ricadute nella presente fattispecie, in quanto rende evidente che il sindacato giurisdizionale sui criteri prescelti dall'amministrazione aggiudicatrice nella fase di individuazione del promotore è, in una relazione inversa all'ampiezza degli apprezzamenti discrezionali esplicabili dall'amministrazione, particolarmente ristretto e circoscritto ad ipotesi di macroscopica illogicità ed arbitrarietà.

Il che non pare sussistere nel caso di specie, potendosi opporre alle considerazioni del giudice di primo grado, certamente non

implausibili in astratto, che legittimamente l'amministrazione può richiedere requisiti particolarmente rigorosi per l'individuazione della proposta di pubblico interesse da porre a base della successiva fase selettiva.

L'accoglimento dei due motivi di appello finora esaminati inficia il ragionamento del primo giudice anche nel capo della sentenza in cui si sono ritenuti fondati i motivi aggiunti proposti avverso gli atti di revoca della procedura di project financing, facendo venire meno la premessa maggiore su cui tale capo si fonda e cioè che le società ricorrenti in primo grado sono portatrici di un interesse giuridicamente qualificato ad opporsi alle suddette determinazioni di ritiro in via di autotutela della gara.

Come condivisibilmente sottolineato nel terzo motivo d'appello, infatti, una volta constatata l'insussistenza di proposte di pubblico interesse, l'amministrazione legittimamente ha deciso di soprassedere alla decisione di ricorrere alla finanza di progetto mediante l'apporto di capitali privati.

Inoltre, contrariamente a quanto dedotto nell'impugnativa di primo grado, non è ravvisabile nel caso di specie alcuna violazione dei principi di economicità ed efficienza, poiché nella delibera consiliare n. 9 del 2010 si è stabilito di procedere *“solo ai lavori di ampliamento del cimitero”*, rinunciandosi dunque all'affidamento a privati della relativa gestione, attività, questa, che giustificava il ricorso allo strumento concessorio all'esito della procedura di project financing revocata.

Va quindi dato atto che nella propria memoria costitutiva le società

appellate hanno riproposto tutti i motivi e le domande svolte in primo grado.

Tuttavia nessuna di queste può essere accolta.

La censura concernente la mancata approvazione del programma triennale delle opere pubbliche per il triennio 2010 – 2012 e l'elenco annuale nel 2010 contestualmente all'approvazione del bilancio preventivo si sostanzia nella deduzione di un vizio meramente formale, in relazione al quale non è dedotta la lesione di alcun interesse sostanziale, per cui la stessa non può trovare accoglimento in applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, l. n. 241/90.

Non sussistono inoltre i presupposti per il risarcimento del danno ex art. 1337 c.c. invocato, essendo stata esclusa qualsiasi illegittimità nell'operato dell'amministrazione odierna appellante, nonché la sussistenza di un affidamento ragionevole in capo alla medesima, meritevole di tutela risarcitoria precontrattuale.

In forza di quest'ultimo rilievo deve essere respinta anche la domanda di indennizzo ex art. 21-*quinquies* l. n. 241/90.

Occorre al riguardo precisare che tale forma di ristoro ha in comune con il diritto al risarcimento del danno ex art. 1337 c.c. la lesione di un interesse meritevole di tutela, distinguendosi i due istituti per il fatto che nel primo caso detta lesione è causata da un atto legittimo. La scelta legislativa di prevedere una forma di compensazione patrimoniale anche in questo secondo caso si fonda su un principio di equità, volto a contemperare le esigenze, di ordine imperativo, di

assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico nelle ampie forme in cui per *ius receptum* è ammesso il potere di autotutela, con l'affidamento dei privati in ordine alla stabilità ed alla certezza dei rapporti con l'amministrazione.

Si è tuttavia osservato sopra come in conseguenza del legittimo operato dell'amministrazione odierna appellante nello svolgimento della procedura di project financing la stessa non possa vantare alcun affidamento in ordine all'individuazione come promotore, per cui deve concludersi per la mancanza del presupposto fondante il diritto all'indennizzo poc'anzi precisato.

Quindi, in conseguenza dell'accoglimento integrale dell'appello e del rigetto dei motivi di primo grado riproposti la sentenza del TAR deve essere riformata, dovendo essere respinti il ricorso ed i motivi aggiunti in primo grado.

In ragione della complessità delle questioni dedotte in giudizio si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente le spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso ed i motivi aggiunti in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2012
con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)