

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA-BARI, SEZ. I, SENTENZA 9.9.2004, N. 3877; PRES. G. FERRARI; EST. L. SPAGNOLETTI - SABA ITALIA S.p.A. - SALVATORE MATARRESE S.p.A. contro COMUNE di BARI - DEC S.p.A.,

1. La valutazione di fattibilità di una proposta non ne implica ancora di per sé la sua suscettività ad essere posta in gara nella licitazione privata o nell'appalto concorso per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, condizionata, invece, da un'altra valutazione, di squisita discrezionalità, relativa alla rispondenza della proposta all'interesse pubblico; di tal che potrebbe accadere che fra due o più proposte in comparazione, egualmente giudicate in modo favorevole, non sia quella migliore sotto il profilo tecnico, economico e finanziario, ad essere adottata, magari risultandone un'altra maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

2. Nulla vieta all'amministrazione di fissare nell'avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati; ma del pari nulla le impone di farlo. E lo stesso giudizio di fattibilità potrebbe quindi ancorarsi ad una valutazione non estrinsecata in "pesi" numerici, oppure, più opportunamente e come accaduto nel caso di specie, ad una articolazione, a cura della commissione tecnica, degli elementi assoggettati a valutazione in sottovoci, intese a enuclearne gli aspetti di maggior incidenza cui aggregare punteggi, a ovi fini di delimitazione della discrezionalità valutativa della commissione tecnica e di maggiore trasparenza. Qualora tali aspetti non siano irragionevolmente diversi o esorbitanti dall'ambito tecnico-concettuale di ciascun aspetto, anche nella loro espressione di peso numerico, ogni altro apprezzamento sconfinava nel merito tecnico della valutazione globale di fattibilità, inattuabile dal sindacato del G.A.

per l'annullamento

- a) della deliberazione della Giunta municipale di Bari n. 59 del 23 gennaio 2003, pubblicata mediante affissione all'albo comunale dal 27 gennaio 2003 per quindici giorni consecutivi, recante individuazione della proposta in project financing, presentata dalla costituenda associazione temporanea d'impresе tra le società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l., relativa alla costruzione e gestione di un parcheggio pubblico interrato da ubicare in Bari al corso Cavour, unitamente a tutti gli atti della procedura, tra i quali, specificamente, le operazioni valutative compiute dalla commissione preposta alla valutazione delle proposte (atti impugnati col ricorso);
- b) ove occorra, dell'avviso di gara (atto impugnato col ricorso);
- c) della determinazione dirigenziale di ammissione alla comparazione delle proposte presentate (atto impugnato col ricorso);

d) 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 al corso Cavour, 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 (atti impugnati coi motivi aggiunti)

e per l'accertamento

del diritto delle società ricorrenti principali al risarcimento del danno cagionato dagli atti impugnati, in forma specifica o per equivalente

nonché sui ricorsi incidentali proposti:

- dalla 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 mandati a margine del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti al ricorso incidentale;

- dalla 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 ricorso incidentale e dei motivi aggiunti al ricorso incidentale;

CONTRO

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

e nei confronti

della 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 e dei motivi aggiunti al ricorso;

per l'annullamento

- dell'ammissione alla valutazione e al confronto comparativo della proposta in project financing presentata dalle società ricorrenti principali (atto impugnato col ricorso incidentale);

- dell'ammissione delle società ricorrenti principali alla successiva gara indetta ai sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 (atto impugnato coi motivi aggiunti al ricorso incidentale)

Visto il ricorso principale 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.;

Visti i ricorsi incidentali con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti ai ricorsi incidentali con i relativi allegati;

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, l'avv. Tommaso di Gioia per il Comune di Bari e l'avv. Nicola Di Modugno per le società controinteressate intime e ricorrenti incidentali;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso collettivo notificato il 28 marzo 2003 e depositato in Segreteria l'8 aprile 2003, e con motivi aggiunti notificati il 14 ottobre 2003 e depositati in Segreteria il 22 ottobre 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, accertamento e condanna 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 (verbali dal n. 1 al n. 9) è risultata prima graduata, quanto al parcheggio interrato da realizzare al corso Cavour, la proposta presentata dalle società DEC S.p.A. e BARI PARK S.r.l., con punti 76,5, seconda graduata la proposta presentata dalle società SABA ITALIA S.p.A. e SALVATORE MATARRESE S.p.A., con punti 55,5 e terza e ultima graduata la proposta presentata dalla società PARCHEGGI ITALIA S.p.A.;

- con deliberazione della Giunta municipale di Bari n. 59 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 al corso Cavour, con successiva pubblicazione dell'avviso e del bando.

Avverso la deliberazione di Giunta municipale n. 59 del 23 gennaio 2003 e i presupposti atti della selezione delle proposte in project financing, le società ricorrenti principali hanno dedotto le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Eccesso di potere per difetto di motivazione, 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.

2) Violazione dei principi in materia di pubbliche procedure, perché l'avviso di gara "...non stabiliva idonee regole di gara dirette a garantire la segretezza delle offerte, quali la sigillatura dei plichi contenenti le offerte e la loro sottoscrizione sui lembi di chiusura...limitandosi a prescrivere...che i plichi...pervenissero in 'busta chiusa'...adempimento...del tutto inadeguato a garantire la segretezza delle proposte...".

3) Violazione e falsa applicazione dell'avviso di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 19, 21, 37 bis e 37 ter della legge n. 109 del 1994. Violazione della par condicio, perché l'avviso di gara "...non specificava il livello di progettazione richiesto..." e quindi doveva ritenersi che esso fosse ragguagliato a quello del progetto preliminare, mentre le società controinteressate intimamente individuate come promotore, hanno presentato un progetto con elevatissimi livelli di approfondimento, ben al di là di una progettazione preliminare, come riconosciuto dalla commissione di valutazione, come tale incomparabile con quello delle altre proposte.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 Dir.CEE93/37. Violazione dei principi in materia di pubbliche procedure, perché nell'avviso pubblico non sono stati prefissati i criteri di valutazione

delle proposte e il relativo peso ponderale, gli uni e l'altro fissati invece direttamente dalla commissione di valutazione a proposte già presentate.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 Dir.CEE93/38 (recte: 93/37 n.d.e.) sotto ulteriore profilo, perché se anche si ammetta che i criteri valutativi siano quelli enumerati dall'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, doveva rispettarsi il loro ordine, da intendere quale ordine decrescente d'importanza, al contrario di quanto operato dalla commissione di valutazione.

6) Violazione della lex specialis di gara. Violazione della par condicio sotto ulteriore profilo, perché non si sarebbe dovuta ammettere a comparazione la proposta delle società controinteressate intimate in quanto fondata su livello di progettazione superiore a quella preliminare (in cui si sostanzialmente l'analisi di prefattibilità espletata dall'amministrazione comunale), comportante integrazioni tali da modificare le caratteristiche essenziali dell'intervento (realizzazione di n. 178 posti auto aggiuntivi rispetto ai n. 1200 indicati nell'avviso).

7) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti e irragionevolezza manifesta. Violazione dei principi in materia di pubbliche procedure. Violazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994 sotto ulteriore profilo, in relazione all'introduzione, da parte della commissione, di sottocriteri di valutazione, o estranei alla fase procedurale (rilievo attribuito a livelli ultranei di elaborazione del progetto preliminare, ad aspetti secondari e ultranei della bozza di convenzione, al piano finanziario anziché alla consistenza effettiva dei costi di gestione e manutenzione) o generici e inintelligibili (scarso peso assegnato al livello di analiticità e robustezza del piano finanziario, considerazione del livello di approfondimento dell'analisi di mercato, del livello di sensibilità dei risultati economico-finanziari, del livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità, del livello di attendibilità del cronoprogramma dei lavori, anziché della durata dei lavori, del livello di approfondimento dell'analisi di redditività, della massimizzazione dell'estensione del servizio alle diverse categorie di utenti, dell'ottimizzazione tra posti di presa e consegna delle autovetture e flussi di traffico nelle zone a contorno) o infine irragionevoli o irrilevanti (determinazione del numero ottimale degli stalli

in funzione della concentrazione delle utenze, presenza di maggior numero di clausole nella convenzione riferibili alla proposta).

8) Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti e irragionevolezza manifesta, difetto di motivazione, in relazione alla valutazione di singoli aspetti (identico punteggio per il subcriterio dell'utilizzo di tecniche costruttive atte a minimizzare l'impatto del cantiere, laddove la proposta delle società ricorrenti prevedeva la realizzazione dell'opera in due fasi, lasciando aperta una corsia per il passaggio dei veicoli e quella delle controinteressate l'eventualità di chiudere la strada al transito; maggior punteggio attribuito alle controinteressate per l'esplicazione nel piano finanziario delle singole voci dei costi di gestione e manutenzione, laddove anche nel piano finanziario delle società ricorrenti erano specificate tutte le voci di costo; identico punteggio assegnato quanto ai tempi di ultimazione dei lavori benché il cronoprogramma delle ricorrenti prevedesse un tempo minore rispetto a quello preventivato dalle controinteressate).

9) Eccesso di potere per apoditticità e difetto di motivazione. Violazione dei principi in materia di pubbliche procedure. Violazione dei criteri prestabiliti dalla commissione, in relazione alla valutazione di altri aspetti (attribuzione di punteggio doppio alle controinteressate per il subcriterio della sistemazione delle aree sovrastanti il parcheggio in relazione non ad effettivo apprezzamento della qualità ma al maggior costo delle opere proposte; preferenza immotivata assegnata alle controinteressate per il subcriterio del numero ottimale degli stalli in funzione della concentrazione delle utenze, peraltro ancorata alla realizzazione di n. 178 posti auto aggiuntivi rispetto a quelli previsti dall'amministrazione comunale, elemento irrilevante ai fini della qualità progettuale).

10) Eccesso di potere per irragionevolezza e ingiustizia manifesta e carenza di motivazione, in relazione alla valutazioni di ulteriori aspetti (identico punteggio apoditticamente assegnato alle controinteressate per il subcriterio relativo agli accorgimenti ottimali relativi anche ai problemi della falda acquifera, nonostante la proposta delle controinteressate preveda la realizzazione di tre

piani interrati, uno in più rispetto alle ricorrenti, e quindi comporti uno scavo più profondo di oltre tre metri con “inevitabili interferenze negative con la falda...e quindi la necessità di eseguire un difficoltoso intervento di impermeabilizzazione più complesso e costoso”; maggior punteggio apoditticamente assegnato alle controinteressate quanto al subcriterio concernente la massimizzazione dei requisiti di affidabilità, disponibilità e manutenibilità; giudizio favorevole immotivato in ordine all’impatto ambientale della realizzazione di tre piani interrati in due blocchi distinti in luogo di due in unico blocco nonché sulla pretesa migliore qualità degli spazi interni al parcheggio sempre correlata alla realizzazione dei due blocchi da tre piani; omessa considerazione del miglior smaltimento degli scarichi gassosi degli autoveicoli assicurato dal sistema di aerazione diretta su due piani previsto nella proposta delle ricorrenti e della previsione di uno spazio aperto di 5 ml di larghezza al centro del parcheggio, con illuminazione e aerazione naturale, nella soluzione proposta dalle ricorrenti; identico punteggio per i costi di gestione e manutenzione, nonostante la soluzione dei due blocchi proposta dalle controinteressate implichi maggior numero di addetti e quindi maggiori costi; pretesa maggior analiticità e robustezza del piano finanziario delle controinteressate a fronte della previsione delle ricorrenti della vendita di n. 360 posti auto non preclusa dalle disposizioni di gara e la cui possibilità era comunque contemplata negli studi di prefattibilità dell’amministrazione comunale, e a fronte di un tasso di occupazione per stallo di auto come previsto dalle controinteressate -8 ore al giorno in luogo delle 6 ore giornaliere considerate dalle ricorrenti- affatto incongruo, nonché a un tasso di rendimento per le controinteressate -7,76% al lordo delle imposte- inferiore a quello delle ricorrenti -10,45% al netto delle imposte; illogicità del maggior punteggio assegnato per il subcriterio del livello di sensibilità dei risultati economico-gestionali in dipendenza di variabili peggiorative, tenuto conto della forte criticità evidenziata per tali ipotesi in ordine alla redditività dell’iniziativa nel progetto delle controinteressate; erroneità della valutazione della migliore bancabilità della proposta delle controinteressate correlata al rapporto tra capitale sociale e investimento -30-70 per le controinteressate e 25-75 per le ricorrenti-

che non considera "...un elemento decisivo ed oggettivo della proposta delle ricorrenti (i ricavi delle vendite di una parte dei parcheggi) che consente di ridurre al 53% il ricorso all'indebitamento..." e quindi abbatte il rapporto in misura favorevole alle ricorrenti; presenza nella bozza di convenzione delle controinteressate di clausole contenenti oneri a carico dell'amministrazione comunale, per sorprese geologiche o geotecniche e per indennità da versare al concessionario, non previste nella proposta delle ricorrenti).

11) Sviamento di potere, perché i vizi che inficiano le valutazioni della commissione sarebbero frutto di sviamento "...non essendo tali illegittimità spiegabili se non nell'ottica di costruire a posteriori una apparente giustificazione ad una procedura comparativa che non era di per sé idonea a garantire né l'interesse dell'amministrazione, né la par condicio dei concorrenti".

Avverso la deliberazione di Giunta municipale n. 589 del 3 luglio 2003, di indizione della gara ex art. 37 quater della legge n. 109 del 1994 e i connessi avviso e bando di gara, le società ricorrenti principali, con i motivi aggiunti, hanno dedotto le seguenti censure:

13) (recte: 12 n.d.e) Violazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994. Eccesso di potere per irragionevolezza, erroneità dei presupposti e difetto di motivazione, perché il progetto di cui alla proposta delle controinteressate sarebbe in contrasto con la normativa di settore quanto alla sicurezza antincendio e conterrebbe stima dei costi inattendibile in relazione agli oneri connessi allo spostamento dei sottoservizi, pari a oltre 2 milioni di euro.

14) (recte: 13 n.d.e) Eccesso di potere per illegittimità derivata ed illegittimità dell'atto presupposto, in relazione ai vizi inficianti gli atti di individuazione del promotore.

15) (recte: 14 n.d.e.) Eccesso di potere per irragionevolezza manifesta, difetto d'istruttoria, contraddittorietà. Violazione dei principi in materia di pubbliche procedure, perché il progetto posto a base di gara "...è ineseguibile 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 rilevarebbe 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 non consentirebbe di introdurre varianti progettuali se non limitatamente ad aspetti migliorativi e particolari esecutivi.

16) (recte: 15 n.d.e) 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 2 milioni di euro, e tenuto conto che il bando di gara vieta offerte in aumento non è possibile formulare offerte appropriate.

Nel giudizio si è costituito il Comune di Bari che, con memorie difensive depositate il 15 aprile e 4 novembre 2003 ed il 15 aprile 2004 ha, a sua volta, dedotto in sintesi:

- a) l'inammissibilità delle censure dedotte, siccome non articolate secondo la loro sequenza logico-giuridica, se attinenti all'avviso di gara non rivolte avverso l'atto di approvazione o avverso la clausola dell'avviso che consentiva la presentazione di proposte "integrative e migliorative", carenti della dimostrazione che dal loro accoglimento scaturirebbe risultato più favorevole per le società ricorrenti, tendenti a impingere nel merito tecnico dell'esame delle proposte compiuto dalla commissione di valutazione;
- b) l'irricevibilità dei motivi aggiunti al ricorso, in relazione alla loro tardività rispetto al deposito in giudizio degli atti documentali inerenti alla proposta prescelta;
- c) l'inammissibilità dei motivi aggiunti al ricorso principale per la parte riproduttiva delle inammissibili censure dedotte in ricorso e per la carente dimostrazione che, attraverso il riesame delle proposte in ipotesi di annullamento, le società ricorrenti conseguirebbero un punteggio superiore a quello delle società controinteressate;
- d) l'infondatezza delle censure dedotte in ricorso:

- quanto al motivo sub 1) perché la valutazione dell'ammissibilità della proposta prescelta risulta dalla stessa sua positiva valutazione e dall'assegnazione del miglior punteggio;
- quanto al motivo sub 2) perché l'avviso di gara prescriveva comunque che le proposte fossero contenute in busta chiusa, e dell'integrità dei plichi la commissione di valutazione ha dato atto, essendo avvenuta la loro apertura in seduta pubblica ed alla presenza di rappresentante delle società ricorrenti;
- quanto al motivo sub 3) perché l'obbligo di menzionare gli elementi di valutazione in ordine decrescente d'importanza attiene alla gara per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione e non alla individuazione della proposta in project financing;
- quanto al motivo sub 4) perché gli elementi indicati nell'art. 37 ter non possono ritenersi enumerati secondo un preteso ordine di importanza, altrimenti al piano economico-finanziario, cuore della valutazione di una proposta in project financing, dovrebbe ritenersi attribuito peso assai modesto;
- quanto al motivo sub 5) 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;
- quanto ai motivi sub 6), 7), 8), 9) e 10) perché il piano finanziario rappresenta elemento privilegiato di valutazione, come anche importanti sono l'analisi di mercato (fondamentale per valutare la redditività della gestione e la connessa bancabilità della proposta), l'analisi di sensitività (cioè della variazione degli indici di redditività e bancabilità al verificarsi di eventi critici), il livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità sugli indici di copertura del debito finanziario (DSCR, LLCR, debt/equità), il rendimento (che denota la suscettività del progetto di assicurare un adeguato livello di redditività), la congruità dei tempi di realizzazione (che rileva più dell'astratto tempo di realizzazione previsto, e comunque per tale elemento i cronoprogramma presentati dalle

società partecipanti alla selezione hanno conseguito il medesimo punteggio), la fruibilità dell'opera in termini di utilizzo distributivo degli stalli in relazione alle diverse categorie di utenti e ai flussi di traffico nonché alla funzionalità dell'organizzazione dei punti di presa e consegna delle auto; indimostrata è poi l'interferenza negativa con la falda acquifera per la maggior profondità dello scavo, contenuta peraltro in soli tre metri; né può trascurarsi che le società ricorrenti hanno previsto la vendita in diritto di superficie pari a 99 anni di un congruo numero di posti auto senza considerare la durata solo trentennale della concessione di costruzione e gestione, presentando piano economico-finanziario assai poco analitico quanto al tasso di occupazione dei posti auto.

e) l'infondatezza dei motivi aggiunti al ricorso 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; mentre quanto al costo dello spostamento dei sottoservizi (non espressamente indicato nella proposta delle stesse società ricorrenti) 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 appunto alla somma di € 2.508.866,00 ben superiore a quella indicata dalle ricorrenti per tale voce, pari a € 2.000.000,00 circa.

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 4 novembre 2003 hanno dedotto rilievi consimili a quelli svolti dall'amministrazione comunale.

Con distinti ricorsi incidentali, notificati il 10 maggio 2003 e depositati il 14 maggio 2003, e relativi motivi aggiunti, notificati il 4 novembre 2003 e depositati l'8 novembre 2003, le società controinteressate intimate hanno impugnato a loro volta l'ammissione alla valutazione e al confronto comparativo della proposta in project financing presentata dalle società ricorrenti

principali, nonché l'ammissione delle società ricorrenti principali alla successiva gara indetta ai sensi dell'art. 37 quater della legge n. 109 del 1994, deducendo le seguenti censure:

1) Motivo unico del ricorso incidentale e motivo n. 1 dei motivi aggiunti Violazione della disciplina di gara. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e motivazione, errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta irragionevolezza, palese contraddittorietà. Violazione del principio di proporzionalità, in relazione al contrasto tra la previsione, nella proposta delle ricorrenti principali, della vendita in diritto di superficie pari a 99 anni di un congruo numero di posti auto e la durata solo trentennale della concessione di costruzione e gestione, incidente peraltro anche sulla redditività dell'iniziativa in modo sproporzionato rispetto ai proventi della gestione, ciò che avrebbe dovuto comportare esclusione da valutazione della proposta.

2) Violazione della disciplina di gara sotto altro profilo, in relazione alla posteriorità della dichiarazione di asseverazione presentata dalle società ricorrenti principali il 23 luglio 2002 rispetto al 30 giugno 2002 data di presentazione della residua documentazione allegata alla proposta, circostanza che avrebbe dovuto comportare l'esclusione da valutazione della proposta.

3) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, perché il sito di ubicazione del parcheggio interrato nella proposta delle ricorrenti principali è attraversato dalla rete fognante, risultando pertanto il progetto non realizzabile e la proposta da escludere.

4) Violazione della disciplina di gara, non avendo le ricorrenti principali indicato in modo distinto i posti auto da destinare a parcheggio orario e ad abbonamento, con conseguente impossibilità del calcolo dei ricavi richiesto dallo studio preliminare di fattibilità dell'amministrazione comunale.

Agli avversi rilievi, le società ricorrenti principali 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 delle eccezioni pregiudiziali, del ricorso principale e del ricorso incidentale, 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, *esaminano 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 delle eccezioni pregiudiziali, del ricorso incidentale, del ricorso principale

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, nell'ordine logico-giuridico, le eccezioni pregiudiziali spiegate dal Comune di Bari e dalle società controinteressate intime (par. 2.1 e sottoparagrafi), il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti (par. 3. e sottoparagrafi), il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti (par. 4. e sottoparagrafi).

2.1) Le eccezioni pregiudiziali

Quanto alle eccezioni pregiudiziali, spiegate dai difensori del Comune di Bari e delle controinteressate intime, viene anzitutto in rilievo quella più radicale, e di carattere "metodologico", attinente all'*inammissibilità del ricorso* (e quindi derivatamente dei motivi aggiunti) *in ragione dell'omessa articolazione delle censure dedotte secondo il loro ordine logico-giuridico*.

Osserva il Collegio che, in effetti, le doglianze non rispecchiano una puntuale sequenza argomentativa intesa a delineare nell'ordine i vizi più radicali e via via quelli meno gravi, almeno quanto al rapporto tra i primi quattro motivi di ricorso, essendo evidente che quelli concernenti

l'avviso pubblico relativo alla presentazione ed al confronto delle proposte (motivi sub 2, 3 e 4) dovevano precedere quello afferente alla dedotta mancata valutazione preliminare della fattibilità delle proposte (motivo sub 1), come pure quanto al motivo sub 6) (concernente la pretesa inammissibilità a comparazione della proposta delle controinteressate), che avrebbe dovuto essere articolato, euristicamente, prima del motivo sub 5) (inerente alla contestazione dei subcriteri elaborati dalla commissione di valutazione in quanto non rispecchianti il preteso ordine decrescente di importanza degli elementi indicati dall'art. 37 ter).

Senonché l'eccezione è destituita di fondamento giuridico.

E' noto, infatti, che *l'ordine delle censure dedotte in ricorso non costituisce vincolo per la loro disamina da parte del giudice amministrativo, cui compete in via esclusiva di individuarne la sequenza logico-giuridica, ossia il loro grado di incidenza sulla legittimità del/dei provvedimenti impugnati e/o sul soddisfacimento dell'interesse "sostanziale" azionato*, ciò che fra l'altro legittima e giustifica l'eventuale assorbimento di uno o più motivi rispetto a quello, appunto, "assorbente" in quanto più radicale (cfr. tra le tante, **Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2002, n. 4487**; per una risalente affermazione vedi **T.A.R. Puglia, Bari, 29 aprile 1981, n. 107**); e ciò in ritenuta applicazione analogica dell'art. 112 c.p.c. (**Cons. Stato, Sez. V, 20 agosto 2001, n. 4445**); corollario di tale principio è che il ricorrente ha solo il potere di determinare ambito e limiti della cognizione del giudice, mediante le censure articolate, non anche di pretendere che l'esame delle censure segua pedissequamente la serie ordinale che egli ha impresso alle medesime (**Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 1992, n. 1095**; **T.A.R. Basilicata, 30 dicembre 2002, n. 1045**).

2.2) segue: le eccezioni pregiudiziali

Non ha poi maggior pregio l'altra eccezione pregiudiziale relativa alla *dedotta inammissibilità dell'impugnativa dell'avviso pubblico in relazione alla carente impugnazione del relativo provvedimento di approvazione*.

A prescindere dal *carattere esasperatamente formalistico dell'eccezione*, e dal rilievo che *l'avviso pubblico non conteneva menzione alcuna del provvedimento di approvazione del medesimo*, è del tutto evidente infatti che *l'inequivoca impugnazione dell'atto di invito pubblico alla presentazione delle proposte in project financing si estende anche in modo implicito ma chiaro*, tra gli atti presupposti indicati nell'epigrafe del ricorso, *alla determinazione amministrativa di approvazione dell'avviso*.

2.3) segue: le eccezioni pregiudiziali

Potrebbe, viceversa, risultare fondata l'altra eccezione di inammissibilità relativa all'*omessa impugnativa della clausola dell'avviso pubblico relativa alla facoltà* dei candidati alla selezione delle proposte in project financing *di presentare "proposte integrative e migliorative"*.

Peraltro tale eccezione riguarderebbe soltanto l'ammissibilità delle censure concernenti il livello di definizione progettuale della proposta delle controinteressate e la previsione ivi contenuta di un numero aggiuntivo di stalli per auto (motivi sub 3 e 6), e quindi *non inciderebbe sull'esame degli altri motivi di ricorso*.

Dalla suddetta eccezione, il Tribunale ritiene però di poter prescindere in ragione dell'infondatezza del ricorso principale anche in relazione alle segnalate censure, di cui si dirà appresso.

2.4) segue: le eccezioni pregiudiziali

Infondata è altresì l'eccezione di inammissibilità del ricorso in relazione all'*omessa dimostrazione che dall'esame del ricorso*, e dei motivi ad esso aggiunti, *consegua l'attribuzione alle società ricorrenti di miglior punteggio, tale da collocarle in posizione potiore rispetto alle controinteressate*.

E' evidente infatti che detta eccezione, riferibile alle doglianze concernenti l'esame comparativo delle proposte (e quindi segnatamente ai motivi sub 8), 9) e 10), ed al motivo aggiunto d'invalidità derivata sub 13)), e quindi *inidonea ad incidere sull'ammissibilità delle altre censure e del ricorso*, non considera che *il coacervo delle suddette censure mira a revocare in dubbio*

l'attendibilità e congruità del giudizio espresso dalla commissione tecnica di valutazione sulle proposte in comparazione, al fine della rinnovazione delle operazioni di valutazione.

2.5) segue: le eccezioni pregiudiziali

Priva di fondamento giuridico è poi l'eccezione di *inammissibilità*, essa pure parziale e da riferirsi alle censure di cui ai richiamati motivi sub 8), 9) e 10), *delle doglianze concernenti l'esame comparativo delle proposte in quanto inerenti al merito tecnico* del giudizio espresso dalla commissione di valutazione delle proposte in project financing.

Seppure tali censure siano articolate sul crinale sottile che divide il profilo della legittimità da quello del merito, *il loro contenuto attiene alla logicità e razionalità delle valutazioni in relazione ai subcriteri fissati dalla stessa commissione ed ai singoli aspetti delle proposte in comparazione.*

Analogamente dicasi se l'eccezione sia riferita anche alle censure concernenti i subcriteri fissati dalla commissione (motivo sub 7), posto che esse pure sono imperniate sull'inconferenza di quei subcriteri rispetto alla fase procedurale in corso e all'oggetto della valutazione affidata alla commissione.

2.6) segue: le eccezioni pregiudiziali

Può, infine, prescindersi dall'eccezione pregiudiziale di irricevibilità per tardività dei motivi aggiunti in relazione alla loro infondatezza, di cui si dirà più oltre.

3.) Il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti

Nell'ordine il Tribunale deve quindi esaminare il ricorso incidentale e i correlati motivi aggiunti che mira a minare in radice l'interesse al ricorso principale.

Orbene, anche il ricorso incidentale è infondato.

3.1) Con il **motivo unico del ricorso incidentale**, costituente altresì quello **sub 1) dei motivi ad esso aggiunti**, le controinteressate intime deducono che *la proposta presentata dalle società ricorrenti principali avrebbe dovuto essere esclusa dal confronto comparativo con le altre proposte in quanto essa reca la previsione della vendita a privato del diritto di superficie su un*

congruo numero di stalli (o posti) per auto (per l'esattezza 360) *per una durata pari a 99 anni laddove la durata complessiva della concessione di costruzione e gestione, e quindi anche del diritto di superficie sulle aree del parcheggio interrato è stabilita in soli 30 anni*; tale previsione, peraltro, incidendo in modo significativo sul piano dei ricavi attribuirebbe ai promotori un vantaggio economico eccessivo e squilibrato, rispetto ai proventi della gestione (e tale, pare di capire tra le righe, da alterare la stessa par condicio con gli altri partecipanti alla selezione).

Orbene, deve rammentarsi che l'**art. 7 comma 1 lettera l) della legge 1 agosto 2002, n. 166** ha modificato il **comma 2 bis dell'art. 19 della legge n. 109 del 1994**, nel senso che *all'inciso "La durata della concessione non può essere superiore a trenta anni" ha sostituito l'inciso "L'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni*, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato".

Orbene, è ben vero che l'avviso è stato pubblicato il 31 maggio 2002, e quindi prima dell'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002 (avvenuta il 18 agosto 2002, nel termine ordinario dei quindici giorni successivi alla pubblicazione sulla G.U.R.I. n. 158 supplemento ordinario del 3 agosto 2002) e quindi della novella all'art. 19 comma 2; sennonché *poiché la determinazione della durata della concessione è elemento tipico del bando di gara per l'affidamento, a licitazione privata o mediante appalto-concorso, della concessione di costruzione e gestione* (cfr. **art. 85 comma 1 lettera f) del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554**), *è del tutto evidente che l'esaminata novella ha "legittimato" e reso esaminabile la proposta presentata dalle ricorrenti principali che prevedeva la vendita in diritto di superficie di durata novantanovenale di posti auto*, in numero invero alquanto elevato (circa un terzo del totale).

Correttamente, dunque, la commissione di valutazione ha proceduto a considerare “nel merito” la proposta delle ricorrenti principali, poiché *la detta previsione non poteva consentire ex se l’esclusione della proposta ma andava considerata nel suo apprezzamento tecnico-economico complessivo in base agli elementi di cui all’art. 37 ter e ai subcriteri elaborati dalla stessa commissione.*

D’altro canto *lo stesso avviso di selezione della proposta in project financing disponeva, a chiare lettere 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”.*

Sicché, salva la sola e ovvia esclusione di variazioni di tipo progettuale, gestionale, tecnico-economico e finanziario tali da stravolgere e snaturare i caratteri essenziali e tipici del project financing in rapporto all’opera infrastrutturale da realizzare (quali ad esempio la previsione di parcheggi non interrati, non ubicati nelle zone specificamente indicate, riservati esclusivamente alla sosta in abbonamento e non anche a quella oraria, con previsione di concorso finanziario dell’ente territoriale concedente alla realizzazione dell’opera e/o alla sua gestione, etc.), l’avviso di selezione ha inteso lasciare ai concorrenti, in relazione all’ampiezza della formula linguistica utilizzata (proposte integrative e migliorative, quindi solo integrative o solo migliorative o consentanee), il più ampio campo di esercizio nell’elaborazione progettuale e nella strutturazione del project financing.

Ciò non si traduce affatto, come preteso dalle controinteressate, che non hanno impugnato la richiamata clausola dell’avviso di selezione, né in un disequilibrio economico-finanziario della proposta né in una violazione della par condicio nel senso dell’incomparabilità delle proposte, poiché l’equilibrio economico-finanziario della proposta (ed in particolare *quello del rapporto equity/debt*) è elemento da valutare a cura della commissione tecnica all’uopo costituita e la par condicio è assicurata dalla omogeneità degli elementi di base a disposizione delle partecipanti per

la strutturazione della proposta e dalla unicità dei parametri di cui all'art. 37 ter e dei subcriteri fissati dalla commissione.

Ogni diversa impostazione tradirebbe le stesse finalità di una selezione di proposte in project financing che risponde appieno all'interesse pubblico proprio quando offre, salvi i limiti dianzi evidenziati, una gamma potenzialmente diversificata di soluzioni tecniche, economiche, gestionali e finanziarie, non essendo riducibile alle finalità e quindi ai vincoli propri di una comune gara d'appalto.

D'altro canto proprio **la predetta clausola legittima pienamente anche le soluzioni contenute nella proposta delle controinteressate**, poi prescelta, sia quanto alle scelte strutturali (due blocchi interrati in luogo di uno solo, con maggior sviluppo in profondità) sia quanto al dimensionamento dell'opera (178 stalli auto in più), connotando l'infondatezza delle censure dedotte al riguardo dalle società ricorrenti, di cui si dirà più oltre.

3.2) Con il **motivo sub 2) aggiunto** al ricorso incidentale le controinteressate deducono che **la proposta delle ricorrenti principali avrebbe dovuto essere esclusa dalla valutazione comparativa perché l'asseverazione bancaria del piano economico-finanziario è stata depositata** soltanto in data 23 luglio 2002 e quindi **dopo la scadenza del termine** del 30 giugno 2002 **fissato per la presentazione delle proposte in project financing.**

Orbene, come già evidenziato sub 1.2.2), **deve ritenersi ammissibile che l'amministrazione richieda (e quindi anche che consenta) limitate integrazioni della proposta comunque tali da non incidere sulla sua struttura e sul suo contenuto** (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 gennaio 2004, n. 914) e tra tali integrazioni non può non ricomprendersi anche l'asseverazione bancaria del piano economico-finanziario che, come chiarito dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (cfr. **atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001**), è non già una certificazione condizionante la validità giuridica del piano finanziario, sebbene una "attestazione qualificata", che non sostituisce affatto la valutazione tecnica ed

economica-finanziaria dell'amministrazione pubblica interessata nemmeno sul piano della bancabilità della proposta; e d'altro canto *tale asseverazione è stata presentata, a quanto è dato di conoscere, prima di ogni sollecitazione da parte dell'amministrazione comunale che pure avrebbe potuto richiedere, come visto, l'integrazione documentale.*

3.3) Con il **motivo sub 3) aggiunto** al ricorso incidentale le controinteressate assumono *l'irrealizzabilità della proposta presentata dalle ricorrenti principali perché l'opera progettata interferirebbe con la rete fognante.*

Orbene, per un verso *la censura è sfornita di qualsivoglia supporto probatorio in ordine alla effettività e soprattutto alla misura dell'interferenza* tra l'opera interrata da realizzare e la rete fognante *tale addirittura da precluderne la realizzazione.*

Sotto altro profilo, e a quanto è dato di comprendere, *anche le altre proposte in comparazione contemplan interferenze varie con gli impianti e le reti esistenti nel sottosuolo che nondimeno possono essere rese compatibili con la realizzazione del parcheggio interrato mediante spostamento di quegli impianti e reti, costituente specifica voce di costo tra le altre.*

3.4) Con il **motivo sub 4) aggiunto** al ricorso incidentale, infine, le controinteressate lamentano che *la proposta delle ricorrenti principali non indichi in modo specifico i posti auto da destinare, rispettivamente, ad abbonamento e a sosta oraria, con conseguente impossibilità di pervenire ad una stima credibile dei ricavi.*

Senonché *non è contestato che le voci di costo ed i ricavi di gestione siano contenuti nel piano economico-finanziario*, sicché *la lacuna attiene* non già ad elementi essenziali carenti sebbene *alla qualità di redazione del piano economico-finanziario e quindi va apprezzata nell'ambito della valutazione tecnica ed economico-finanziaria rimessa alla commissione* all'uopo costituita.

4.) Il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti

L'infondatezza del ricorso incidentale apre la strada all'*esame* delle *censure* contenute nel *ricorso principale* e nei *relativi motivi aggiunti.*

4.1) Con il **motivo sub 1)** del ricorso principale è stata dedotta la ***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.

La censura è destituita di qualsivoglia fondamento giuridico.

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, esaminate 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.

4.2) Con il **motivo sub 2.)** del ricorso principale si prospetta l'illegittimità della clausola dell'avviso pubblico di selezione delle proposte in project financing che *si è limitato a richiedere l'inserimento delle proposte e della relativa documentazione in busta (plico) chiuso, anziché in plico sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura* in dedotta violazione dei principi generali che presiedono alle pubbliche gare e con modalità inidonee a garantire la segretezza delle proposte.

In linea preliminare ed in punto di fatto deve rammentarsi che è del tutto pacifico che le proposte presentate fossero tutte contenute in plichi chiusi, che non presentavano segno alcuno di apertura o lacerazione, e che sono stati aperti, dopo la fissazione dei subcriteri di valutazione, in seduta pubblica ed alla presenza anche del rappresentante delle società ricorrenti.

In altri termini non vi è alcun dubbio che la clausola censurata non abbia inciso in alcun modo sulla regolarità delle operazioni di gara.

D'altro canto le stringenti regole relative alla sigillatura e controfirma dei plichi riguardano le offerte e relativa documentazione nelle gare d'appalto, caratterizzate dall'aggiudicazione del

contratto, laddove nel caso di specie si tratta di procedura orientata solo alla selezione di proposta/e in project financing, ispirata, come rilevato dalla giurisprudenza, a maggiore libertà di forme e quindi contrassegnata da minori vincoli formali (cfr. (T.A.R. Lombardia, Milano, 22 Giugno 2000 n. 2036), salva l'imprescindibile previa fissazione di criteri valutativi e punteggi a essi aggregati in momento antecedente l'apertura dei plichi (T.A.R. Sicilia, Palermo, 30 giugno 2004, n. 1358).

Si aggiunga che proprio la relativa genericità della clausola dell'avviso pubblico di selezione non escludeva di certo che i concorrenti potessero chiudere i plichi con modalità tali da garantirne in modo più stringente l'integrità, laddove non risulta che le stesse società ricorrenti abbiano avvertito tale esigenza e, ad esempio, abbiano provveduto -come pure era senz'altro consentito- ad apporre sui lembi di chiusura del plico un proprio sigillo identificativo o delle firme.

Alla stregua dei rilievi che precedono, dunque, anche la censura testé esaminata è destituita di fondamento giuridico.

4.3-4.6) Possono poi esaminarsi congiuntamente le doglianze svolte nei motivi sub 3) e 6) del ricorso principale, entrambe tese a censurare *l'ammissione alla valutazione comparativa della proposta delle controinteressate, il cui progetto sarebbe ben più dettagliato rispetto al livello preliminare da ritenere richiesto*, nel silenzio sul punto dell'avviso pubblico, *e quindi non confrontabile con quello delle altre concorrenti.*

Le doglianze sono totalmente destituite di fondamento giuridico sotto un duplice aspetto.

Come già evidenziato sub 3.1), l'avviso di selezione ha avuto cura 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”.

Orbene, se come ammesso dalle stesse società ricorrenti nel motivo sub 6), il livello di definizione progettuale relativo all'analisi di prefattibilità condotta dall'amministrazione comunale era quello preliminare, è del tutto evidente che la presentazione di “proposte integrative e migliorative” ben

consentiva un livello di approfondimento della progettazione preliminare coerente con le integrazioni e le migliorie.

Tra l'altro proprio tale clausola ha legittimato appieno, come già notato, tanto la previsione nella proposta delle società ricorrenti della cessione a terzi in diritto di superficie per ben 99 anni di un congruo numero di stalli per auto (circa un terzo del totale), quanto la previsione nella proposta delle controinteressate della realizzazione di un numero aggiuntivo di stalli per auto (178) rispetto a quelli orientativamente indicati nell'avviso pubblico.

Sotto altro profilo, se è vero che l'art. 37 bis della legge n. 109 del 1994 indica come contenuto della proposta, tra gli altri, il solo progetto preliminare, l'ipotesi ivi normativamente contemplata è quella in cui la proposta segua alla mera indicazione dell'opera nel programma triennale dei lavori pubblici o in un atto programmatico; nel caso di specie, però, l'amministrazione comunale ha provveduto essa stessa alla redazione di una progettazione di livello preliminare, e quindi non soltanto non poteva ritenersi precluso ma anzi doveva ritenersi naturale e coerente con gli obiettivi della procedura selettiva un affinamento del livello progettuale in correlazione con l'esigenza di offrire elementi più concreti e specifici sulla proposta, elaborata sulla scorta degli studi preliminari posti a disposizione dei concorrenti.

In altri termini bene e saggiamente l'avviso di selezione non ha posto limiti condizionanti l'elaborazione progettuale, così consentendo ai concorrenti tanto di riferirsi "sic et simpliciter" al livello di progettazione già attinto dagli uffici comunali, quanto di introdurre, mediante integrazioni e migliorie, una maggiore specificazione del progetto preliminare.

4.4-4.5) Del pari possono esaminarsi congiuntamente le censure dedotte con i motivi sub 4) e 5) del ricorso principale, il primo formulato avverso l'avviso pubblico di selezione nella parte in cui non ha indicato gli elementi di valutazione delle proposte e i relativi parametri numerici, così consentendo alla commissione di fissare essa stessa i suddetti elementi e i correlati punteggi, il secondo inteso a contestare l'operato della commissione tecnica che non avrebbe ragguagliato gli

elementi di valutazione indicati nell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994 al relativo ritenuto e implicito ordine decrescente d'importanza.

Nessuna delle censure coglie nel segno.

L'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994, giova ribadirlo, stabilisce, per quanto qui interessa, 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...”

Orbene, è la stessa disposizione che individua con assoluta chiarezza e inequivocità gli elementi sui quali deve cadere la valutazione di fattibilità della/delle proposta/e, senza stabilire alcun ordine decrescente di importanza, com'è reso evidente dalla circostanza, esattamente sottolineata dai difensori del Comune di Bari e delle controinteressate intimato, che nell'elencazione di tali elementi il piano economico-finanziario, che rappresenta indubbiamente il cuore del project financing, segua ad altri di intuitiva, minore importanza (si pensi alle tariffe e soprattutto alla metodologia del loro aggiornamento).

Tale scelta normativa non è frutto di cattiva tecnica redazionale legislativa, risultando invece coerente con i caratteri e le finalità della selezione delle proposte in project financing, intesa ad una valutazione globale della “fattibilità” delle medesime sotto una pluralità di profili che rispecchiano la complessità degli elementi da considerare nell'ambito di un peculiare sistema di

realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità nel quale viene in gioco la “credibilità” della proposta sotto il profilo tecnico, economico e finanziario.

Le società ricorrenti non sembrano cogliere affatto i caratteri peculiari del project financing, dimenticando tra l'altro che la stessa valutazione di fattibilità di una proposta non ne implica di per sé ancora la sua suscettività di esser posta in gara nella licitazione privata o nell'appalto concorso per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, condizionata invece da un'ulteriore valutazione, di squisita discrezionalità, relativa alla rispondenza della proposta all'interesse pubblico; di tal ché potrebbe accadere che tra due o più proposte in comparazione, egualmente giudicate in modo favorevole, non sia quella “migliore” sotto il profilo tecnico, economico e finanziario, ad essere adottata, magari risultandone un'altra maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

Non possono quindi istituirsi analogie o parallelismi di sorta tra una gara d'appalto a licitazione privata con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui, proprio in vista dell'aggiudicazione del contratto, è imprescindibile che gli elementi valutativi siano graduati dalla lex specialis di gara in ordine d'importanza, o anche di un appalto concorso, ed una procedura selettiva intesa a individuare una proposta in project financing.

Certamente nulla vieta all'amministrazione di fissare nell'avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati; ma del pari nulla le impone di farlo.

E lo stesso giudizio di fattibilità potrebbe quindi ancorarsi ad una valutazione non estrinsecata in “pesi” numerici, oppure, più opportunamente e come accaduto nel caso di specie, ad una articolazione, a cura della commissione tecnica, degli elementi assoggettati a valutazione in sottovoci, intese a enuclearne gli aspetti di maggior incidenza cui aggregare punteggi, a ovvi fini di delimitazione della discrezionalità valutativa della commissione tecnica e di maggiore trasparenza.

E qualora tali aspetti non siano irragionevolmente diversi o esorbitanti dall'ambito tecnico-concettuale di ciascun aspetto, anche nella loro espressione di peso numerico, ogni altro apprezzamento sconfinava nel merito tecnico della valutazione globale di fattibilità, inattuabile dal sindacato del G.A.

Alla luce delle osservazioni svolte, quindi, non può censurarsi sul piano della legittimità né l'avviso di selezione che, nell'ambito dell'ampia discrezionalità evidenziata, non ha ritenuto di fissare esso stesso i "pesi numerici" dei vari elementi valutativi, identificati direttamente dall'art. 37 ter, né la scelta della commissione di articolare in sottovoci gli elementi valutativi, ragguagliandovi determinati punteggi, senza seguire l'inesistente ordine decrescente d'importanza erroneamente ravvisato dalle società ricorrenti nell'elencazione contenuta nell'art. 37 ter.

4.7) Con il **motivo sub 7)** del ricorso principale si censura la **pretesa estraneità di alcuni subcriteri e la genericità, intelligibilità, irragionevolezza di altri**, tutti indicati in modo specifico.

Giova rammentare che la commissione tecnica ha ragguagliato a ciascun parametro valutativo, quale enunciato dall'art. 37 ter, un punteggio (nel complesso punti 100), quest'ultimo a sua volta scomposto secondo "voci".

Si riporta uno **specchio riassuntivo**:

PROFILO COSTRUTTIVO MAX. PUNTI 15
<i>Impiego accorgimenti tecnici o procedurali, ottimali anche con riferimento ai problemi di falda: max. punti 6</i>
<i>Massimizzazione dei requisiti di affidabilità, disponibilità e manutenibilità max. punti 5</i>
<i>Utilizzo di tecniche costruttive che minimizzino l'impatto dei cantieri con l'ambiente circostante: max. p. 4</i>
PROFILO URBANISTICO MAX. PUNTI 6

<i>Riqualificazione dell'area di intervento e coerenza della soluzione progettuale con l'assetto urbanistico e morfologico della stessa area: max. punti 3</i>
<i>Stima del grado e del livello dei servizi esistenti in relazione alle insufficienze degli spazi di sosta e dei carichi insediativi: max. punti 3</i>
PROFILO AMBIENTALE MAX. PUNTI 6
<i>Grado di riqualificazione ambientale della zona oggetto di intervento, mirata al contenimento e alla riduzione del congestionamento del traffico e dell'inquinamento chimico, anche con riferimento agli scarichi gassosi interni al parcheggio: max. punti 6</i>
QUALITA' PROGETTUALE MAX. PUNTI 15
<i>La maggior definizione del "contorno" al progetto, la sistemazione delle aree sovrastanti il parcheggio, con particolare riferimento all'arredo urbano: max. punti 6</i>
<i>Determinazione del numero ottimale degli stalli in funzione della concentrazione delle utenze: max. punti 4</i>
<i>Qualità degli spazi (vivibilità, sicurezza, orientamento, interni al parcheggio): max. punti 3</i>
<i>Livello di elaborazione di un progetto preliminare, come minimo, secondo quanto previsto dal Regolamento di attuazione della Legge quadro sul LL.PP.: max. punti 2</i>
FUNZIONALITA' MAX. PUNTI 3
<i>Grado di accessibilità e facilità d'uso del parcheggio: max. punti 3</i>
FRUIBILITA' DELL'OPERA MAX. PUNTI 7

<i>Massimizzazione della estensione del servizio alle diverse categorie di utenti: max. punti 4</i>
<i>Ottimizzazione tra il numero dei posti di presa e di consegna delle autovetture all'interno del parcheggio ed i flussi di traffico delle zone a contorno: max. punti 3</i>
ACCESSIBILITA' AL PUBBLICO MAX. PUNTI 2
<i>Disponibilità con l'utenza attraverso facili ed efficaci strumenti di comunicazione con il concessionario: max. punti 2</i>
RENDIMENTO MAX. PUNTI 7
<i>Livello di approfondimento dell'analisi di redditività: max. punti 7</i>
COSTO DI GESTIONE E MANUTENZIONE MAX. PUNTI 6
<i>Soluzioni progettuali che consentono migliori condizioni economiche di manutenzione e gestione: max. punti 4</i>
<i>Il piano economico finanziario deve esplicitare nei dettagli le singole voci che compongono l'insieme dei costi di gestione e di manutenzione ordinaria e straordinaria: max. punti 2</i>
DURATA DELLA CONCESSIONE: MAX. PUNTI 2
<i>0,5 punti per ogni sei mesi o frazione in meno rispetto ai trenta anni massimi di concessione: max. punti 2</i>
TEMPI DI ULTIMAZIONE DEI LAVORI DELLA CONCESSIONE MAX. PUNTI 4
<i>Livello di attendibilità del cronoprogramma dei lavori: max. punti 4</i>
TARIFFE DA APPLICARE MAX. PUNTI 4
<i>Ottimizzazione delle tariffe da applicare in funzione dell'analisi di mercato:</i>

<i>max. punti 4</i>
METODOLOGIA DI AGGIORNAMENTO DELLE TARIFFE: MAX. PUNTI 1
<i>Livello di approfondimento metodologico e di specificazione dei criteri di aggiornamento: max. punti 1</i>
VALORE ECONOMICO E FINANZIARIO DEL PIANO: MAX PUNTI 15
<i>Livello di approfondimento dell'analisi di mercato: max. punti 6</i>
<i>Livello di analiticità e di robustezza delle previsioni economico-finanziarie, con particolare riferimento all'analisi dei costi ed ai programmi di investimento: max. punti 4</i>
<i>Livello di sensibilità dei risultati economico-finanziari: max. punti 3</i>
<i>Livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità: max. punti 2</i>
CONTENUTO DELLA BOZZA DI CONVENZIONE: MAX. PUNTI 7
<i>Coerenza con il piano economico finanziario e più in generale con i singoli elementi della proposta: max. punti 3</i>
<i>Completezza, con particolare riferimento all'art. 86 del d.P.R. n. 554/99: max. punti 2</i>
<i>Analiticità della stesura delle clausole: max. punti 1</i>
<i>Presenza del maggior numero di clausole riferibili alla proposta: max. punti 1</i>

Orbene, è evidente che **la commissione**, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, **ha individuato anzitutto il peso ponderale**, in termini numerici, **da attribuire a ciascuno dei parametri o profili indicati nell'art. 37 ter.**

E, quanto al “valore” assegnato nel complesso a ciascun profilo ed alla loro equilibrata distribuzione, nessuna censura puntuale, analitica, idonea a revocare in dubbio la ragionevolezza dei pesi assegnati è stata formulata dalle società ricorrenti.

D’altro canto, trattandosi di costruzione di opera in project financing, ed alla luce delle osservazioni generali innanzi svolte, è del tutto evidente la pertinenza del rilievo assegnato a taluni profili (costruttivo, qualità progettuale, piano economico-finanziario: a ciascuno dei quali sono stati riservati punti 15), come pure all’inserimento urbanistico ed ambientale dell’opera (per ciascuno punti 6), non meno che ai profili inerenti alla economicità e redditività della gestione (fruibilità, rendimento, costo di gestione e manutenzione: rispettivamente punti 7 per il primo e il secondo e 6 per il terzo), e agli aspetti relativi al suo funzionamento (funzionalità, accessibilità al pubblico; rispettivamente punti 3 e 7), nonché alla concessione di costruzione e gestione (durata della concessione sino a punti 2, tempi di ultimazione dei lavori sino a punti 4, contenuto della bozza di convenzione sino a punti 7) ed alle tariffe (sino a punti 4) e al loro aggiornamento (sino a punti 1).

Quanto poi alla scomposizione di tali profili o paramenti in voci o subcriteri, ciascuno di questi ultimi è razionalmente raccordato ai primi e ne costituisce elemento qualificante.

Così, è del tutto evidente, ad esempio in ordine al profilo costruttivo, il rilievo attribuito agli accorgimenti tecnici e/o procedurali anche atti a risolvere e minimizzare i problemi della falda acquifera, oppure a quelli tesi a garantire la massima affidabilità e la più agevole manutenibilità dell’opera, o ancora a minimizzare l’impatto dei cantieri con l’ambiente circostante.

La qualità progettuale, poi, nel caso di infrastruttura di servizio urbano destinata a incidere su un tessuto edificato qualificato sia nelle sue molteplici funzioni (abitazioni, uffici, negozi, servizi pubblici, sedi di enti prestigiosi), sia nei suoi aspetti architettonici, e caratterizzato da notevoli flussi di traffico, non può non assumere grande rilievo; e la sua scomposizione in relazione alle “voci” individuate dalla commissione è del tutto ragionevole ed equilibrata (maggior definizione progettuale delle aree a contorno, anche per gli aspetti dell’arredo urbano, individuazione di un

numero di stalli ottimizzato in relazione alla concentrazione delle utenze, qualità degli spazi interni al parcheggio, elaborazione di un progetto almeno di livello preliminare).

Le osservazioni che precedono danno conto dell'assoluta inconsistenza delle censure riferite all'elemento progettuale ed alle sue "voci" o subcriteri.

Del pari, **denotano assoluta inconsapevolezza del rilievo centrale degli elementi economico-finanziari le censure di pretesa genericità o inintelligibilità o irrazionalità riferite alle "voci" di scomposizione di altri profili.**

Così, è evidente che nella valutazione del piano economico-finanziario, non può assolutamente prescindere dal livello di approfondimento dell'analisi di mercato, ovvero dall'analisi della domanda di servizi riferiti alla sosta oraria o in abbonamento in funzione dei flussi di traffico che insistono sulla zona interessata, al tempo di stazionamento, all'offerta di servizi della stessa natura; od ancora al livello di sensibilità dei risultati economico-finanziari, che pertiene al modo in cui quei risultati reagiscono alla verifica delle c.d. varianti strategiche ed attiene all'analisi di sensibilità sulla cui importanza fondamentale si è detto in precedenza; o al livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità, che indica se e quanto la proposta, per come strutturata, sia idonea ad attrarre i finanziamenti bancari necessari per sostenerne i costi di costruzione e quanto le previsioni di redditività siano attendibili in relazione al servizio del debito; e nel quadro di tale articolazione, è davvero **censura di merito inammissibile il "peso" apoditticamente assunto come scarso riservato al livello di analiticità e robustezza delle previsioni finanziarie** ed in specie all'analisi dei costi e programmi di investimento (**comunque pari a 4 punti, e quindi circa ad un terzo dei 15 complessivi**); come pure **del tutto generica è la censura riferita ad una presunta omessa considerazione dei costi di costruzione e gestione, all'opposto considerati come appena evidenziato.**

Non hanno maggior pregio nemmeno le altre censure, esse pure del tutto generiche, **riferite:**

- al cronoprogramma dei lavori, “voce” sicuramente più attendibile, nella interrelazione tra tempo e avanzamento dei lavori, rispetto alla astratta e apodittica indicazione di un tempo complessivo “promesso” e “previsto” di ultimazione dei lavori;

- alla maggiore definizione delle clausole della bozza di convenzione destinata a reggere la concessione di costruzione e gestione, importanti al fine di ridurre al minimo controversie e contenziosi in sede di esecuzione dei lavori;

- al rilievo, del tutto intuitivo, da attribuire, sul piano della funzionalità della struttura, alla ottimizzazione del numero di stalli per auto in riferimento alle diverse categorie di utenti e tra i posti di presa e consegna delle auto e i flussi veicolari delle zone a contorno.

Le osservazioni che precedono denotano dunque l'infondatezza anche delle censure di cui al motivo sub 7) del ricorso.

4.8-4.9-4.10) Possono ancora esaminarsi congiuntamente le censure dedotte nei motivi sub 8), 9) e 10) siccome *incentrate su vizi funzionali della motivazione delle valutazioni della commissione riferite al confronto comparativo delle proposte delle società ricorrenti e delle controinteressate.*

Anche tali censure sono destituite di fondamento giuridico.

In particolare:

- quanto all'attribuzione di identico punteggio per la “voce” relativa all'utilizzo di tecniche costruttive atte a minimizzare l'impatto del cantiere, la sola circostanza che la proposta delle controinteressate prevedesse la eventualità della chiusura al transito del tratto di strada interessato dal cantiere non può infirmare la logicità del giudizio di equivalenza rispetto alla proposta delle società ricorrenti, che pure prevedeva la chiusura almeno parziale della strada; ad ogni modo, rispetto a tale “voce” la preferenza risulta accordata alla proposta di Parcheggi Italia “...sia per la soluzione progettuale che per la conseguente scelta tecnologica di contenimento pareti con tiranti obliqui, consente il mantenimento di un adeguato livello di circolazione stradale”; ma, in generale, osserva la commissione, “...risultano sottovalutate le tecniche atte a minimizzare

l'impatto dei cantieri"; e pertanto, su ben 4 punti disponibili, ne sono assegnati 1,5 a Parcheggio Italia e 1 ciascuno alle società ricorrenti e alle controinteressate; ogni altro profilo attiene, com'è evidente, al merito tecnico;

- quanto al maggior (modesto) punteggio (punti 1,5) assegnato alle controinteressate rispetto alle società ricorrenti (punti 1) per la "voce" relativa ai costi di gestione e manutenzione, esso trova congrua spiegazione e giustificazione nel rilievo della commissione che "...il proponente DEC-BARI PARK esplicita con maggior dettaglio le singole voci (personale, utenze, manutenzione ordinaria e straordinaria)";

- nessun rilievo, poi, come già osservato sub 4.7) può assumere la circostanza che il tempo di ultimazione dei lavori secondo la proposta delle società ricorrenti fosse in assoluto inferiore a quello della proposta delle controinteressate, poiché la commissione, con scelta sulla cui ragionevolezza e legittimità si è già detto, aveva inteso assegnare rilievo al livello di attendibilità del cronoprogramma, in relazione al quale peraltro le proposte in comparazione hanno ottenuto lo stesso punteggio (punti 3); né le società ricorrenti hanno allegato e tantomeno comprovato che il proprio cronoprogramma fosse migliore di quello delle controinteressate;

- totalmente smentito dagli atti è, poi, l'assunto che per la "voce" relativa alla maggiore definizione delle aree al contorno e alla sistemazione delle aree sovrastanti il parcheggio l'attribuzione alle controinteressate di punteggio sensibilmente superiore (punti 6) rispetto a quello riconosciuto alle società ricorrenti (punti 3), sia dipesa unicamente dalla maggiore spesa prevista e non anche dall'effettivo apprezzamento della qualità della soluzione proposta: la commissione ha fornito sul punto motivazione affatto esauriente osservando che "...la proposta progettuale di DEC-BARI PARK presenta elevati livelli qualitativi. Tale indirizzo si riscontra anche (e dunque non solo: n.d.e.) nel calcolo sommario della spesa nella quale DEC-BARI PARK per opere di sistemazione esterna compreso il verde impegna € 1.470.000,00 circa a fronte di € 755.000,00 di SABA-MATARRESE e di € 500.000,00 di PARCHEGGI ITALIA. Tale impegno

progettuale è peraltro evidenziato da una articolazione di piazze di notevole qualità che trasformano la superficie esterna”;

- del pari l’assegnazione alle controinteressate di maggior punteggio (punti 4) rispetto a quello delle ricorrenti (punti 2) per la “voce” relativa all’ottimizzazione degli stalli per auto in funzione della concentrazione delle utenze, trova esauriente motivazione, da parte della commissione, nel rilievo che “...nella proposta DEC-BARI PARK è riscontrabile un maggior livello di analisi in relazione alla distribuzione interna dei posti auto dovuto anche ad un maggior approfondimento dedicato ai servizi esistenti in relazione all’insufficienza dei posti auto...”; in tale quadro, poi, la considerazione della previsione di un numero di stalli aggiuntivi (n. 178), consentita come visto dall’avviso pubblico di selezione, è del tutto ammissibile e ragionevole posto che accresce la offerta di parcheggio e la migliora;

- del tutto legittima è anche l’assegnazione di identico punteggio (punti 5) alla proposta delle società ricorrenti e a quella delle controinteressate (nonché alla terza in comparazione) per la “voce” relativa agli accorgimenti tecnici ottimali riferiti ai problemi della falda acquifera: sul punto la commissione ha spiegato che vi è “...sostanziale equivalenza nelle tecniche utilizzate in quanto sia i progetti con 3 impalcati sotterranei che quelli con 2 impalcati sotterranei prevedono adeguate tecniche di consolidamento e sufficienti garanzie anche ai fini idrogeologici”; a fronte di tale giudizio tecnico, le società ricorrenti si sono limitate ad allegare, senza suffragarlo con alcuno specifico dato tecnico, che uno scavo più profondo di circa 3 metri (quale quello previsto nella proposta delle controinteressate) implichi “inevitabili interferenze negative con la falda...e quindi la necessità di eseguire un difficoltoso intervento di impermeabilizzazione più complesso e costoso”, salvo in sede di discussione orale ad insistere sul punto anche con richiesta di apposita verifica o consulenza tecnica; senonché non risultando in alcun modo scalfito e revocato in dubbio il giudizio tecnico della commissione sulla adeguatezza delle soluzioni previste nella proposta delle controinteressate ai fini del consolidamento, e quindi sulla impermeabilizzazione

efficace dello scavo e dell'opera, il Tribunale non ritiene di dare ingresso ad uno specifico accertamento tecnico; né le società ricorrenti hanno contestato l'esattezza e congruenza dei rilievi svolti nella "relazione sui caratteri fisico-ambientali, geomeccanici ed idraulici, indagini geologiche e idrogeologiche", costituente uno degli allegati della proposta, in cui si illustrano diffusamente, con specifici dati tecnici e con richiamo di esperienze confrontabili, i caratteri litostratigrafici, idrogeologici e geotecnici dell'area interessata, le caratteristiche della falda acquifera, la sua profondità, le sue interrelazioni con le oscillazioni mareografiche del livello marino, le modalità dell'intervento (esecuzione, prima degli scavi, di iniezioni armate per il consolidamento delle pareti laterali di roccia, al fine di assicurare la piena sicurezza statica degli edifici limitrofi; ulteriore fitta maglia lungo il perimetro dello scavo di iniezioni cementizie per realizzare il c.d. "fondello impermeabile" secondo particolari sequenze di fori primari, secondari, terziari, con isolamento a mezzo di coppie di sacchi otturatori; emungimento adeguato nella fase di scavo e realizzazione; installazione sul fondo scavo di pompe di piccola potenza "...per mantenere completamente all'asciutto il fondo scavo stesso ed annullare le sottospinte idrauliche");

- non è affatto apodittico il maggior punteggio (punti 4) assegnato alle controinteressate rispetto alle ricorrenti (punti 2,5) per la "voce" massimizzazione dei requisiti di affidabilità, disponibilità e manutenibilità, posto che la commissione al riguardo evidenzia che "...la proposta DEC-BARI PARK prevede più sofisticate modalità di realizzazione degli impianti tecnologici e un più adeguato sistema delle funzioni di distribuzione interna dei flussi veicolari (analisi dei punti di conflitto)";

- quanto alla "voce" dell'utilizzo di tecniche costruttive che minimizzino l'impatto del cantiere con l'ambiente circostante durante la fase di costruzione, si è già detto in precedenza;

- quanto poi alla "voce" relativa alla qualità degli spazi interni al parcheggio sul piano della vivibilità, sicurezza e orientamento, l'assegnazione alle controinteressate di un maggior punteggio (punti 3 a fronte di punti 2) è motivata, in modo congruo e razionale, col rilievo che la

proposta delle controinteressate "...è meglio progettata sia in relazione alla scomposizione in 2 blocchi che, riducendo le dimensioni, migliora il senso di sicurezza e orientamento, sia per la scelta di decentrare il sistema delle rampe rispetto al percorso distributore interno";

- è poi del tutto apodittico l'assunto che la proposta delle società ricorrenti avrebbe un sistema di aerazione migliore rispetto a quella delle controinteressate;

- del pari, quanto ai costi di manutenzione e gestione è apodittico l'assunto che la soluzione a due blocchi comporti maggiori spese rispetto a quella monoblocco;

- non ha maggior pregio l'ulteriore censura riferita alla allegata maggiore analiticità e robustezza del piano economico-finanziario presentato dalle società ricorrenti, a fronte del già richiamato giudizio tecnico della commissione circa la superiorità anche per tale aspetto della

proposta delle controinteressate, tenuto conto che la previsione della vendita in diritto di superficie per ben 99 anni di un congruo numero di stalli, pur se da ritenere consentita come innanzi chiarito, introduce una variabile comunque da verificare nella sua effettiva incidenza

(presupponendo la effettiva vendita di quegli stalli e il consenso dell'amministrazione ad una modifica della durata della concessione di costruzione e gestione) sicché non sono incisivi i rilievi circa la pretesa riduzione del ricorso all'indebitamento o ai tassi di rendimento, nonché al tasso di occupazione per stallo auto apoditticamente affermato come incongruo nella proposta delle controinteressate; mentre in ordine alla bancabilità della proposta, appare del tutto immune da vizi

il giudizio della commissione circa il miglior livello di approfondimento dell'analisi di bancabilità delle controinteressate (cui tuttavia è conseguita l'assegnazione solo di punti 0.50 in

più rispetto a quelli delle ricorrenti) fondato sul miglior rapporto equity-debt (con un'incidenza del capitale di rischio pari al 30% per le controinteressate e al 25% per le ricorrenti), ove si ponga mente alle osservazioni generali sulla rilevanza che assume per le banche un più consistente impiego di mezzi propri da parte del promotore;

- del tutto generici, e come tali inammissibili e inapprezzabili, sono i rilievi svolti sull'analisi di sensitività;

- infondata è, da ultimo, la censura relativa alla presenza nella bozza di convenzione predisposta dalle controinteressate di un maggior numero di clausole, anche contenenti oneri a carico dell'amministrazione, tenuto conto della razionalità e legittimità della relativa "voce", come evidenziata sub 4.7).

4.11-4.13) Non più che gratuita illazione è la censura di sviamento, non essendo dato di enucleare, anche alla luce della piena legittimità dell'operato della commissione, alcuna predisposizione di criteri in favore delle controinteressate.

Ovviamente infondato è il motivo aggiunto sub 13) evocante vizi di invalidità derivata.

4.12-4.14-4.15) Privi di fondamento giuridico sono, da ultimo, le censure dedotte con i motivi aggiunti sub 12), 14) e 15).

Quanto alla pretesa mancata più puntuale definizione dei particolari del sistema di protezione antincendio deve rilevarsi:

- 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;

- 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;

- quanto agli oneri per lo spostamento dei sottoservizi, premesso che a livello di progettazione preliminare è richiesto solo un calcolo sommario della spesa, essi -come dedotto dal Comune di Bari e dalle controinteressate- 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.

5.) Alla stregua delle osservazioni svolte, mentre deve dichiararsi inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale e relativi motivi aggiunti, comunque infondati, deve senz'altro respingersi il ricorso principale e relativi motivi aggiunti.

6.) 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. 472 del 2003 e sul ricorso incidentale di pari numero:

- 1) rigetta il ricorso principale;
- 2) dichiara inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale;
- 3) 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