

## **In tema di estendibilità dell'art. 38 del codice dei contratti. alle procedure di project financing: il giudice amministrativo decide per l'applicabilità dell'art. 38 cit. anche alla procedura di scelta del promotore finanziario**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La disciplina dei divieti di contrattare con soggetti nei confronti dei quali ricorrano le condizioni soggettive descritte dalla norma ha natura di principio generale (di ordine pubblico) dei contratti pubblici, il che lo rende applicabile ad ogni fattispecie contrattuale di evidenza pubblica (Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5715).

Sarebbe contrario agli elementari principi di buon andamento e di efficienza dell'amministrazione (arg. dall'art. 1 della legge n. 241/1990 e ancor prima dall'art.97 Cost.) patrocinare una interpretazione dell'art. 152 in esame che, escludendo la necessità di verificare fin dal procedimento di individuazione del promotore la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 cit., comporterebbe come possibile conseguenza il venir meno dell'intero procedimento qualora solo nell'ultima fase (relativa all'affidamento della concessione) si accertasse l'inidoneità o l'insussistenza dei requisiti di ordine generale del promotore

Con il quarto motivo la RICORRENTE lamenta la violazione dell'art. 75, comma 1, lettere b) e c), del D.P.R. n. 554/1999, ora sostituito dall'art. 38, commi 1, lettere b) e c), e 2, del d.lgs. n. 163/2006, poiché dalla documentazione presentata dalla CONTROINTERESSATA risulterebbe che né il presidente né il direttore tecnico abbiano reso la dichiarazione sostitutiva richiesta per attestare l'insussistenza delle cause di esclusione di cui alla disposizione richiamata

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il motivo è infondato

4.1. - L'art. 38 del codice dei contratti pubblici (applicabile alla fattispecie in esame, poiché l'avviso pubblico è stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del codice) prevede l'obbligo di dichiarare la insussistenza delle cause di esclusione limitatamente (per quanto rileva nel caso di specie) alla «partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni» di lavori, forniture e servizi. Le difese dell'amministrazione e della controinteressata ne fanno derivare l'inapplicabilità dell'art. 38 alla procedura per la scelta del promotore finanziario, in quanto la stessa disposizione sarebbe applicabile solo nella successiva fase di affidamento della concessione di cui all'art. 155 del codice dei contratti pubblici.

In realtà, la estendibilità dell'art. 38 cit. alle procedure di project financing, occorre rilevare che qualsiasi soluzione interpretativa sul punto deve essere argomentata muovendo dall'analisi dell'art. 152, comma 2, del codice dei contratti pubblici, il quale prevede che in tali procedure si applicano le disposizioni della parte II, titolo I (in cui rientra l'art. 38) «in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo», cioè - per quanto rileva nel caso di specie - in quanto compatibili con le norme di cui agli articoli 153 e 154 del codice. E' erroneo, pertanto, prendere in considerazione esclusivamente l'enunciato letterale dell'art. 38 cit. .

Come di recente affermato dal giudice d'appello, «l'indiscutibile "peculiarità" della procedura di project finance impone di verificare con attenzione quali norme riferite alle procedure di affidamento siano effettivamente estensibili a tale modulo di scelta del titolare del servizio». Verifica da condurre alla luce della sussistenza di una «identità sostanziale con le altre procedure di affidamento» (Cons. St., sez. V, 1 febbraio 2010, n. 417).

E' chiaro, inoltre, che la valutazione di compatibilità deve tenere conto, in primo luogo, della circostanza che l'assunzione del ruolo di promotore comporta i privilegi connessi al diritto ad essere preferito, di cui agli artt. 153 e 154 del codice dei contratti (nella versione originaria applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame), per cui - come si è poi verificato nel caso di specie - il promotore e il concessionario potrebbero in concreto coincidere. E sarebbe contrario agli elementari principi di buon andamento e di efficienza dell'amministrazione (arg. dall'art. 1 della legge n. 241/1990 e ancor prima dall'art.97 Cost.) patrocinare una interpretazione dell'art. 152 in esame che, escludendo la necessità di verificare fin dal procedimento di individuazione del promotore la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 cit., comporterebbe come possibile conseguenza il venir meno dell'intero procedimento qualora solo nell'ultima fase (relativa all'affidamento della concessione) si accertasse l'inidoneità o l'insussistenza dei requisiti di ordine generale del promotore.

Infine, un ulteriore argomento discende dall'osservazione che la disciplina dei divieti di contrattare con soggetti nei confronti dei quali ricorrono le condizioni soggettive descritte dalla norma ha natura di principio generale (di ordine pubblico) dei contratti pubblici, il che lo rende applicabile ad ogni fattispecie contrattuale di evidenza pubblica (Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5715).

4.3. - Non sembra dubbio, in definitiva, che, per le ragioni esposte, debba concludersi per l'applicabilità dell'art. 38 cit. anche alla procedura di scelta del promotore finanziario.

4.4. - Il motivo è tuttavia infondato per una ragione diversa, ossia perchè l'avviso pubblico del 30 ottobre 2006 non richiedeva la presentazione di una dichiarazione ai sensi dell'art. 38 cit.; nè, tantomeno, sanzionava l'omessa dichiarazione con l'esclusione dalla procedura selettiva. E questo appare sufficiente al fine di respingere la censura in esame, considerato anche che la ricorrente non indica - con riferimento ai soggetti che avrebbero dovuto rendere la dichiarazione - la sussistenza di alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38 cit. .

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2628 del 26 novembre 2010 pronunciata dal Tar Sardegna, Cagliari

N. 02628/2010 REG.SEN.

N. 00774/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 774 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da RICORRENTE Ricorrente società cooperativa, in persona del presidente e legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

l' Organismo di Bacino n. 32,

la Conferenza dei Sindaci del Bacino n. 32,

Comune di Decimomannu, Comune di Elmas, Comune di Uta, Comune di Villaspeciosa, tutti non costituiti in giudizio;

Comune di Assemini, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso il loro studio legale in Cagliari, via Alagon n. 49;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA Spa, in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante, rappresentata e difesa dal prof. avv. \*\*\*\*\* e dagli avvocati \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\* in Cagliari, via Sonnino n. 33;

per l'annullamento

A) con il ricorso introduttivo:

- della deliberazione della Giunta Comunale di Assemini n. 86 del 28 maggio 2008 con la quale l'amministrazione ha fatto proprio quanto contenuto nella determinazione del responsabile del servizio comunale Area Tecnica Lavori Pubblici e R.U.P. del procedimento di project financing di cui in appresso n. 526 dell'11.4.2008, ha approvato il progetto preliminare e i relativi allegati del progetto proposto dalla CONTROINTERESSATA ed ha nominato quest'ultima quale "Promotore" per l'affidamento della concessione di progettazione, costruzione e gestione della rete e degli impianti del gas cittadino nei comuni del Bacino n. 32 della Sardegna;

- della citata determinazione del R.U.P. n. 526 dell'11.4.2008;

- di tutti gli atti della commissione di gara e segnatamente dei verbali della commissione tecnica e delle schede ad essi allegate contenenti le valutazioni e i punteggi assegnati ai progetti concorrenti;

e, inoltre, solo in via subordinata:

- della deliberazione n. 1 del 30.10.2008 della conferenza dei Sindaci del Bacino n. 32 che avviato il procedimento di project financing, e dell'avviso pubblico indicativo ad essa allegato;

della determinazione prot. 1405 del 17.12.2007, con la quale il Responsabile dell'Area Tecnica Lavori Pubblici di Assemini ha nominato se stesso quale R.U.P.;

- della nota del R.U.P. n. 4466 del 14.2.2008;

- della determinazione del R.U.P. n. 376 dell'11.3.2008;

- della determinazione del R.U.P. n. 432 del 26.3.2008;

B) con i motivi aggiunti notificati il 10 ottobre 2008 e depositati il 21 ottobre 2008:

- del bando di gara pubblicato nella G.U. delle Comunità Europee dell'8 agosto 2008, avente ad oggetto "Concessione di progettazione, direzione lavori, coordinamento sicurezza, costruzione e gestione relativa alla realizzazione della e degli impianti del gas cittadino dei comuni del bacino n. 32";

- del provvedimento che ha approvato detto bando di gara e di quello che ha approvato il progetto preliminare presentato dalla CONTROINTERESSATA in qualità di promotore finanziario;

C) con i motivi aggiunti notificati il 12 dicembre 2008, e depositati il successivo 16 dicembre:

- della DRS n. 1207 del 14 ottobre 2008 con la quale la gara per la concessione dei lavori è stata dichiarata deserta;

- del provvedimento, non conosciuto, con il quale la predetta gara è stata definitivamente aggiudicata al promotore CONTROINTERESSATA, il quale è stato individuato come concessionario;

D) con i motivi aggiunti notificati il 10 febbraio 2009 e depositati il successivo 13 febbraio 2009:

- della determinazione del responsabile del servizio n. 1283 del 15 ottobre 2008, di aggiudicazione provvisoria della concessione a CONTROINTERESSATA;

- della determinazione del responsabile del servizio n. 1380 del 10 novembre 2008, di aggiudicazione definitiva della concessione a CONTROINTERESSATA.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Assemini;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della CONTROINTERESSATA SpA;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010 il dott. \*\*\*\*\* e uditi l'avv. \*\*\*\*\* e l'avv. \*\*\*\*\* per la ricorrente; l'avv. \*\*\*\*\* su delega dell'avv. \*\*\*\*\* per il Comune di Assemini; l'avv. \*\*\*\*\* l'avv. \*\*\*\*\* e l'avv. prof. \*\*\*\*\* per la controinteressata;



Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. - Con il ricorso introduttivo e con i successivi motivi aggiunti, di cui in epigrafe, la società cooperativa RICORRENTE RICORRENTE (d'ora in poi RICORRENTE) ha impugnato i provvedimenti concernenti la procedura pubblica per l'affidamento mediante project financing della "Concessione di progettazione, costruzione e gestione relativa alla realizzazione della rete e degli impianti del gas cittadino" dei Comuni di Assemini, Decimomannu, Elmas, Uta e Villaspeciosa facenti parte dell'associazione di comuni denominata "Bacino n. 32" (costituita ai sensi della delibera di Giunta Regionale n. 54/28 del 22 novembre 2005). La procedura è stata avviata con avviso pubblico del 30 ottobre 2006, per l'individuazione del soggetto promotore di una proposta di project financing, indetta ai sensi dell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163). Hanno partecipato alla procedura anche la società ALFA 2000 s.p.a. e CONTROINTERESSATA s.p.a. . Al termine delle operazioni di esame e valutazione delle proposte presentate, la graduatoria finale approvata con determinazione n. 526 dell'11 aprile 2008 dal responsabile unico del procedimento (R.U.P.), ha collocato al primo posto la proposta della CONTROINTERESSATA (con punti 88,43 su 100 punti), al secondo la proposta della RICORRENTE (con 75,11 punti), al terzo la proposta della ALFA 2000 (punti 68,87). Con deliberazione n. 86 del 28 maggio 2008, la Giunta Comunale di Assemini, comune capofila dell'Organismo di Bacino n. 32, ha individuato la proposta di project financing della CONTROINTERESSATA s.p.a. come di pubblico interesse ai sensi dell'art. 154 del d.lgs 163/2006 e ha nominato la predetta società quale "Promotore".

2. - Si sono costituiti in giudizio il Comune di Assemini e l'Organismo di Bacino n. 32, chiedendo che il ricorso e i motivi aggiunti siano respinti.

3. - Si è costituita in giudizio anche la controinteressata CONTROINTERESSATA s.p.a., nel merito concludendo per il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti. La controinteressata ha proposto, altresì, ricorso incidentale avverso la ammissione dell'offerta presentata dalla RICORRENTE Ricorrente; e con motivi aggiunti al ricorso incidentale ha dedotto, altresì, ulteriori motivi che avrebbero dovuto comportare l'esclusione della proposta RICORRENTE Ricorrente.

4. - All'udienza pubblica del 3 marzo 2010, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. - Con sentenza parziale, 8 giugno 2010, n. 1430, questa Sezione ha:

- rigettato il ricorso incidentale ed i suoi motivi aggiunti, proposti dalla controinteressata CONTROINTERESSATA S.p.A.;

- dato atto della rinuncia al secondo motivo di cui al quarto atto di motivi aggiunti; dichiarata in udienza dalla società ricorrente RICORRENTE Ricorrente;

- rigettato il primo motivo del ricorso principale.

Quanto al secondo e al terzo motivo del ricorso introduttivo, riguardanti la questione della dimostrazione e del possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alle procedure di individuazione del promotore finanziario, dall'art. 99, commi 1, del D.P.R. n. 554/1999, è stato ordinato al Comune di Assemini di depositare gli atti e i documenti acquisiti al procedimento di gara conclusosi con la nomina del promotore finanziario, dai quali risultino le verifiche operate dall'amministrazione precedente in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del D.P.R. n. 554/1999, asseriti dalla CONTROINTERESSATA con la dichiarazione sostitutiva allegata alla proposta di realizzazione della rete gas, nonché l'eventuale documentazione a tal fine richiesta e presentata da quest'ultima, posto che, dalla documentazione

depositata in atti dall'amministrazione e dalla CONTROINTERESSATA, non risultava che tale dichiarazione fosse stata resa nel corso del procedimento di scelta del promotore ex art. 153 del codice, ma nel successivo procedimento di affidamento al promotore della concessione, ai sensi dell'art. 155, comma 2, del codice dei contratti pubblici.

6. - Il Comune di Assemini ha dato esecuzione all'ordinanza istruttoria con deposito di documenti in data 6 luglio 2010.

7. All'udienza pubblica del 27 ottobre 2010, fissata per il prosieguito della discussione del merito, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. - A seguito della sentenza parziale di questa Sezione, 8 giugno 2010, n. 1430, il presente giudizio deve proseguire con l'esame del secondo, terzo e quarto motivo del ricorso introduttivo, concernenti l'illegittima individuazione della CONTROINTERESSATA quale soggetto promotore finanziario.

2. - Con il secondo e terzo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 99 del D.P.R. n. 554/1999 e dell'art. 153 del codice dei contratti pubblici, in quanto la CONTROINTERESSATA non avrebbe maturato, negli ultimi tre anni precedenti la pubblicazione dell'avviso pubblico, esperienza specifica nel settore della costruzione di reti di distribuzione per interventi di importo pari almeno a quello oggetto dell'avviso, nonchè eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, posto che l'amministrazione precedente avrebbe omesso qualsiasi accertamento in merito al possesso di tali requisiti da parte della CONTROINTERESSATA.

3. - I motivi, sulla scorta dei documenti acquisiti al giudizio a sèguito della disposta istruttoria, sono infondati.

L'art. 99 cit. indica un criterio, di valutazione della capacità tecnica ed economica dei soggetti che si propongono quali promotori finanziari, incentrato su un dato: l'aver partecipato "negli ultimi tre anni ... in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta". Non detta alcuna prescrizione in ordine alla documentazione e alle modalità formali mediante le quali dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. E, nel caso di specie, nemmeno l'avviso pubblico del 30 ottobre 2006, che ha dato avvio alla procedura di scelta del promotore finanziario, disponeva in tal senso, limitandosi a richiedere agli operatori economici interessati la attestazione con dichiarazione sostitutiva del "possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del DPR 554/99".

Ciò non significa che l'amministrazione procedente non debba accertare la effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati, anche eventualmente con la richiesta di idonea documentazione tecnica e finanziaria. In tal senso si è svolta l'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, il quale ha acquisito una articolata relazione sull'organizzazione aziendale e sulle attività della CONTROINTERESSATA, la certificazione di qualità ISO 9001:2000 per la «distribuzione e vendita gas naturale; progettazione, costruzione, gestione e vendita di reti, impianti ed attrezzature per la distribuzione e vendita di gas ...»; e la attestazione SOA rilasciata per la cat. \*\*\* («Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione. Riguarda la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi a rete che siano necessari per attuare il «servizio idrico integrato» ovvero per trasportare ai punti di utilizzazione fluidi aeriformi o liquidi, completi di ogni opera connessa, complementare o accessoria anche di tipo puntuale e di tutti gli impianti elettromeccanici, meccanici, elettrici, telefonici ed elettronici, necessari a fornire un buon servizio all'utente in termini di uso, funzionamento, informazione, sicurezza e assistenza ad un normale funzionamento. Comprende in via esemplificativa le opere di captazione delle acque, gli impianti di potabilizzazione, gli acquedotti, le torri piezometriche, gli impianti di sollevamento, i serbatoi interrati o sopraelevati, la rete di distribuzione all'utente finale, i cunicoli attrezzati, la fornitura e la posa in opera delle tubazioni, le fognature con qualsiasi materiale, il trattamento delle acque reflue prima della loro immissione nel ciclo naturale delle stesse, i gasdotti, gli oleodotti.») con classifica VIII (importo illimitato). Muovendo dall'assunto che le certificazioni e attestazioni presentate dalla CONTROINTERESSATA siano state accordate sulla base di pregresse esperienze specifiche nei settori indicati (assunto che appare

corretto, alla luce delle norme che ne disciplinano il rilascio), si può, in definitiva, concordare con il giudizio formulato dall'amministrazione precedente circa il possesso dei requisiti da parte di CONTROINTERESSATA.

4. - Con il quarto motivo la RICORRENTE lamenta la violazione dell'art. 75, comma 1, lettere b) e c), del D.P.R. n. 554/1999, ora sostituito dall'art. 38, commi 1, lettere b) e c), e 2, del d.lgs. n. 163/2006, poiché dalla documentazione presentata dalla CONTROINTERESSATA risulterebbe che né il presidente né il direttore tecnico abbiano reso la dichiarazione sostitutiva richiesta per attestare l'insussistenza delle cause di esclusione di cui alla disposizione richiamata.

Il motivo è infondato

4.1. - L'art. 38 del codice dei contratti pubblici (applicabile alla fattispecie in esame, poiché l'avviso pubblico è stato pubblicato dopo l'entrata in vigore del codice) prevede l'obbligo di dichiarare la insussistenza delle cause di esclusione limitatamente (per quanto rileva nel caso di specie) alla «partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni» di lavori, forniture e servizi. Le difese dell'amministrazione e della controinteressata ne fanno derivare l'inapplicabilità dell'art. 38 alla procedura per la scelta del promotore finanziario, in quanto la stessa disposizione sarebbe applicabile solo nella successiva fase di affidamento della concessione di cui all'art. 155 del codice dei contratti pubblici.

In realtà, la estendibilità dell'art. 38 cit. alle procedure di project financing, occorre rilevare che qualsiasi soluzione interpretativa sul punto deve essere argomentata muovendo dall'analisi dell'art. 152, comma 2, del codice dei contratti pubblici, il quale prevede che in tali procedure si applicano le disposizioni della parte II, titolo I (in cui rientra l'art. 38) «in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo», cioè - per quanto rileva nel caso di specie - in quanto compatibili con le norme di cui agli articoli 153 e 154 del codice. E' erroneo, pertanto, prendere in considerazione esclusivamente l'enunciato letterale dell'art. 38 cit. .

4.2. - Come di recente affermato dal giudice d'appello, «l'indiscutibile "peculiarità" della procedura di project finance impone di verificare con attenzione quali norme riferite alle procedure di affidamento siano effettivamente estensibili a tale modulo di scelta del titolare del servizio». Verifica da condurre alla luce della sussistenza di una «identità sostanziale con le altre procedure di affidamento» (Cons. St., sez. V, 1 febbraio 2010, n. 417).

E' chiaro, inoltre, che la valutazione di compatibilità deve tenere conto, in primo luogo, della circostanza che l'assunzione del ruolo di promotore comporta i privilegi connessi al diritto ad essere preferito, di cui agli artt. 153 e 154 del codice dei contratti (nella versione originaria applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame), per cui - come si è poi verificato nel caso di specie - il promotore e il concessionario potrebbero in concreto coincidere. E sarebbe contrario agli elementari principi di buon andamento e di efficienza dell'amministrazione (arg. dall'art. 1 della legge n. 241/1990 e ancor prima dall'art.97 Cost.) patrocinare una interpretazione dell'art. 152 in esame che, escludendo la necessità di verificare fin dal procedimento di individuazione del promotore la sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 cit., comporterebbe come possibile conseguenza il venir meno dell'intero procedimento qualora solo nell'ultima fase (relativa all'affidamento della concessione) si accertasse l'inidoneità o l'insussistenza dei requisiti di ordine generale del promotore.

Infine, un ulteriore argomento discende dall'osservazione che la disciplina dei divieti di contrattare con soggetti nei confronti dei quali ricorrano le condizioni soggettive descritte dalla norma ha natura di principio generale (di ordine pubblico) dei contratti pubblici, il che lo rende applicabile ad ogni fattispecie contrattuale di evidenza pubblica (Cons. St., sez. VI, 24 ottobre 2000, n. 5715).

4.3. - Non sembra dubbio, in definitiva, che, per le ragioni esposte, debba concludersi per l'applicabilità dell'art. 38 cit. anche alla procedura di scelta del promotore finanziario.

4.4. - Il motivo è tuttavia infondato per una ragione diversa, ossia perchè l'avviso pubblico del 30 ottobre 2006 non richiedeva la presentazione di una dichiarazione ai sensi dell'art. 38 cit.; nè, tantomeno, sanzionava l'omessa dichiarazione con l'esclusione dalla procedura selettiva. E questo appare sufficiente

al fine di respingere la censura in esame, considerato anche che la ricorrente non indica - con riferimento ai soggetti che avrebbero dovuto rendere la dichiarazione - la sussistenza di alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38 cit. .

5. - L'esame dei vizi dedotti nei confronti della ammissione della proposta CONTROINTERESSATA si completa con riferimento ai motivi aggiunti notificati il 10 febbraio 2009 e depositati il successivo 13 febbraio. Di essi è infondato, per le ragioni già viste, l'ottavo motivo, con il quale RICORRENTE deduce la violazione dell'art. 99 del D.P.R. n. 554/1999 poiché - si sostiene - dal deposito dei bilanci e dalle dichiarazioni prodotte dopo l'aggiudicazione provvisoria della concessione emergerebbe che la CONTROINTERESSATA ha operato esclusivamente nel settore della distribuzione del gas e non nella realizzazione dei lavori di costruzione di dimensioni paragonabili a quella oggetto dell'affidamento. In senso contrario, va ribadito che dalla documentazione acquisita risultano dimostrati i requisiti richiesti.

6. - Con il settimo motivo, la RICORRENTE deduce eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, nonché violazione dell'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999, del disciplinare di gara e dell'art. 153, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto la CONTROINTERESSATA, come risulterebbe dalla visura camerale, non aveva a suo tempo depositato il bilancio relativo all'anno 2007 e quindi si dovrebbe ritenere che non lo abbia neppure approvato, con i conseguenti riflessi sul piano della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

Anche tale motivo non può essere accolto, posto che il disciplinare di gara al punto A.4 ("Capacità economica finanziaria e tecnica") non esigeva la presentazione dei bilanci, ma indicava modalità diverse per la dimostrazione dei requisiti richiesti dall'art. 98 del D.P.R. n. 554/1999.

7. - Con il nono motivo la RICORRENTE lamenta la violazione dell'art. 153, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto il piano economico-finanziario allegato alla proposta di project financing di CONTROINTERESSATA s.p.a. non risulterebbe asseverato da istituto bancario autorizzato.

Tuttavia, dalla documentazione versata in atti dalla CONTROINTERESSATA risulta che l'asseverazione del p.e.f. è stata rilasciata, in data 28 dicembre 2006, dalla UNION GENERAL S.p.A., società iscritta nell'elenco generale degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del D.Lgs. n. 385/1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

8. - Anche il decimo motivo (concernente la violazione dell'art. 38, comma 1, lettera g), del codice dei contratti pubblici, in base alla notifica di cartella esattoriale nei confronti di CONTROINTERESSATA s.p.a.) proposto dalla RICORRENTE con i motivi aggiunti notificati il 28 ottobre 2009, e depositati il successivo 2 novembre 2009, deve essere respinto sulla scorta della considerazione che l'accertamento della violazione degli obblighi tributari da parte di CONTROINTERESSATA, segnalata dalla ricorrente, non possiede le note della definitività, come invece richiesto dal testo dell'art. 38 cit. (cfr. doc. n. 13 della produzione documentale CONTROINTERESSATA del 19 febbraio 2010; si veda anche il doc. 14).

9. - Con il ricorso introduttivo la RICORRENTE solleva, in via subordinata, anche vizi diretti all'annullamento dell'intera procedura di individuazione del promotore finanziario.

9.1. - In particolare, con il quinto motivo deduce l'illegittimità della nomina del R.U.P., per contraddittorietà e violazione di un precedente atto dell'assemblea dei Sindaci dei Comuni dell'Organismo di Bacino, in quanto tale nomina sarebbe stata effettuata dal responsabile dell'area tecnica del Comune di Assemini, con determinazione n. 1405 del 17 dicembre 2007, in contrasto con la deliberazione 26 marzo 2007 della conferenza dei Sindaci del Bacino n. 32 che individuava come R.U.P. un diverso funzionario.

Con il sesto motivo si duole della violazione del principio generale di astensione in caso di conflitto di interessi, poichè con la riferita decisione, il R.U.P. è stato individuato nella persona del medesimo funzionario responsabile dell'area tecnica del Comune di Assemini.

I motivi sono infondati.



9.2. - Per quanto concerne l'atto di nomina del R.U.P. , occorre muovere dalla considerazione delle funzioni e dei poteri attribuiti alla conferenza dei Sindaci dalla convenzione stipulata tra i Comuni appartenenti al Bacino n. 32. Dall'analisi dell'art. 11 della convenzione, dedicato alle competenze della Conferenza dei Sindaci, emerge in maniera sufficientemente chiara come manchi qualsiasi riferimento a poteri di gestione amministrativa e, in specie, a poteri di nomina dei responsabili dei servizi e delle funzioni amministrative da esercitare in forma associata. La deliberazione 26 marzo 2007 di nomina del R.U.P. è stata, quindi adottata in assoluta carenza di potere, con la conseguenza che la stessa non può produrre alcun effetto.

Poichè, inoltre, la stessa convenzione attribuisce al Comune capofila (identificato nel Comune di Assemini) la titolarità di tutte le funzioni occorrenti per l'espletamento in forma associata del servizio (cfr. art. 3, comma 3, della convenzione) ne discende che spetta al Comune di Assemini anche la individuazione del responsabile unico del procedimento di cui trattasi, come correttamente disposto dal responsabile dell'Area Tecnica con la determinazione n. 1405 del 17 dicembre 2007.

9.3. - La doglianza della ricorrente non può essere condivisa nemmeno per quanto concerne l'asserito conflitto di interessi, per la coincidenza creatasi tra la persona del responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Assemini e la persona del R.U.P. .

In realtà, dall'ordinamento vigente, non solo, in linea generale (come recentemente affermato dalla Sezione, 17 marzo 2010, n° 337) «non sembra possibile sostenere l'esistenza nell'ordinamento di un principio generale di distinzione tra uffici o organi competenti per le funzioni istruttorie e organi competenti per la fase decisoria; e, anzi, dalla legge generale sul procedimento amministrativo ... (art. 6, comma 1, lettera e), della legge n. 241/1990), emergono indicazioni in senso contrario alla ammissione di un tale principio»; ma, più specificamente, con riguardo alla individuazione del responsabile del procedimento vige la regola (esattamente contraria a quella sulla quale si basa il motivo in esame) della normale coincidenza tra il «dirigente di ciascuna unità organizzativa» e il responsabile del procedimento (art. 5, commi 1 e 2, della legge n. 241/1990).

10. - Il ricorso e i motivi aggiunti sono, in conclusione, infondati e devono essere rigettati. In relazione alla complessità e alla novità di alcune delle questioni esaminate si giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti.

Compensa tra le parti le spese giudiziali.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/in-tema-di-estendibilita-dell-art-38-del-codice-dei-contratti-alle-procedure-di-project-f-inancing-il-giudice-amministrativo-decide-per-l-applicabilita-dell-art-38-cit-anche-alla-procedura-di-scel/>