

Parere n. 69 del 17/10/2007

PREC424/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla SEPEM s.r.l. - affidamento in concessione dell'ampliamento, completamento, ammodernamento e messa a norma dell'impianto di pubblica illuminazione sul territorio del Comune di Torre Annunziata. S.A. Comune di Torre Annunziata.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 20 ottobre 2006, la Giunta Municipale di Torre Annunziata con atto n. 218 approvava il progetto preliminare e lo studio di fattibilità dell'intervento indicato in oggetto, da realizzarsi con capitali privati, decidendo altresì il suo inserimento nel piano triennale delle opere pubbliche 1007/2009.

Il programma triennale ed il piano annuale sono stati pubblicizzati nelle forme prescritte.

In data 28 dicembre 2006 perveniva una proposta da parte di un promotore, che, con deliberazione del Commissario straordinario n. 43 del 6.3.2007, veniva dichiarata di pubblico interesse.

In data 29 maggio 2007 veniva indetta la procedura ristretta di cui all'articolo 155, comma 1, lettera a), del d. Lgs. n. 163/2006.

In data 13 settembre 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la SEPEM s.r.l. contesta la procedura posta in essere dal Comune di Torre Annunziata per l'affidamento in concessione in esame, in quanto l'Amministrazione non ha pubblicato l'avviso indicativo per la scelta del promotore.

A parere dell'istante, nel caso di specie è stato violato l'articolo 153, comma 3, del d. Lgs. n. 163/2006, nel testo precedente le modifiche apportate dal d. Lgs. n. 113/2007, che prescrive che entro venti giorni dall'avvenuta approvazione dei programmi triennali, le amministrazioni rendono pubblica la presenza, nei programmi stessi, di interventi da realizzarsi con capitali privati, pubblicando un avviso indicativo.

Sulla base di quanto sopra, l'istante chiede che l'Autorità si pronunci in ordine all'annullamento dell'intera procedura.

A parere dell'ATI CO.I.SS. s.r.l./MA.FA.MO. s.r.l., soggetto promotore del progetto, non ricorrono i presupposti per l'annullamento in autotutela della procedura *de qua*, in quanto a suo parere non sussiste un interesse pubblico sotteso a tale annullamento diverso da quello afferente al mero ripristino della regolarità formale.

A parere dell'ATI controinteressata, l'omessa pubblicazione dell'avviso indicativo non comporta invalidazione della procedura, in quanto il Comune di Torre Annunziata ha comunque attuato forme di pubblicità dell'intervento, procedendo ad affiggere all'Albo Comunale e a trasmettere all'Autorità di vigilanza il programma triennale dei lavori pubblici.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, nel riportare la cronologia dei fatti, chiede all'Autorità se sussistono i presupposti affinché la procedura possa legittimamente proseguire.

In data 17 ottobre 2007 si è tenuta una audizione alla quale la Stazione appaltante ha ritenuto di non partecipare.

Ritenuto in diritto

Ai fini della risoluzione della questione oggetto della controversia, si precisa che la problematica sottoposta all'attenzione dell'Autorità riveste carattere sostanziale e non meramente formale, in quanto le lamentate carenze di pubblicità, ove ritenute tali dall'Autorità, attengono al rispetto dei principi del buon andamento dell'azione amministrativa, della trasparenza e di parità di trattamento.

Occorre pertanto, valutare se quanto richiesto dall'istante configuri un vizio della procedura tale da rendere tutto il procedimento non conforme alla disciplina dettata dagli articoli 153 e seguenti del d. Lgs. n. 163/2006 in materia di project financing.

Ai sensi dell'articolo 153, comma 3, del d. Lgs. n. 163/2006, nella versione previgente alle modifiche di cui al d. Lgs. n. 113/2007, le amministrazioni aggiudicatrici entro venti giorni dall'avvenuta approvazione dei programmi triennali, rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, mediante affissione presso la propria sede, per almeno sessanta giorni, di un avviso indicativo, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione comparativa delle proposte presentate.

È con questo atto che tutti i soggetti potenzialmente interessati vengono messi in grado, a parità di condizioni, di concorrere per assumere la qualità di promotore per la specifica procedura.

In questo modo, infatti, ogni soggetto è posto in grado di operare con piena cognizione di causa le sue valutazioni e quindi di decidere se cercare di rendersi titolare di tale qualifica, affrontando evidentemente gli oneri che ne conseguono; ovvero se rinunciare a tale possibilità, limitandosi eventualmente a presentare a propria candidatura nella successiva fase della gara in cui vengono individuati i concorrenti da mettere in competizione con il promotore.

L'avviso indicativo, inoltre, contiene una serie di indicazioni, come l'oggetto della proposta, il termine entro il quale quest'ultima deve essere presentata, i requisiti del potenziale promotore, la prefigurazione delle successive fasi della procedura in corso, i "vantaggi" che il promotore può conseguire - come il diritto di prelazione (nella previgente disciplina), il diritto al compenso (spese sostenute per l'elaborazione della proposta, ex art. 153, comma 1) e ad essere ritenuto aggiudicatario ove non sussistano altri concorrenti nelle successive fasi della procedura -, nonché i criteri di valutazione delle proposte pervenute.

Caratteristiche queste che fanno dell'avviso *de quo* un atto assimilabile ad un bando di gara e che, nel contempo, segna l'avvio di un procedimento ad evidenza pubblica in senso stretto (Determinazione dell'Autorità n. 8/2007).

Appare, dunque, evidente che nel senso sopra illustrato assume un ruolo preminente l'avviso di cui all'art. 153, quale momento nel quale vengono posti in gara i lavori finanziabili con capitali privati, già previsti nel programma triennale, e vengono altresì resi noti i parametri ai quali l'Amministrazione si è vincolata e che dovrà quindi rispettare nella valutazione delle proposte pervenute.

Sulla base di quanto sopra riportato, la mancata pubblicazione dell'avviso indicativo comporta una lesione del principio di parità di trattamento tra gli operatori economici e del principio di trasparenza.

Si evidenzia, inoltre, che l'inserimento dell'intervento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'amministrazione, vale solo a rendere pubblica l'intenzione di riservare al finanziamento privato determinati interventi e non può essere considerato equipollente all'emanazione dell'avviso indicativo.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la procedura posta in essere dal Comune di Torre Annunziata è non conforme al disposto di cui all'articolo 153, comma 3, del d. Lgs. n. 163/2006.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 31/10/2007