

**Esame avvocato 2012: terza traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto amministrativo**

*Con avviso indicativo, pubblicato il 18 dicembre 2005 ai sensi dell'art. 37 bis, L. n. 109/1994, il comune di Alfa ricercava soggetti privati promotori di proposte per la finanza di progetto (project financing) per la realizzazione di un parcheggio interrato al di sotto di un'area di mercato. Con delibera n. 103 del 10 novembre 2007 la giunta comunale di Alfa dichiarava tecnicamente ammissibili e fattibili 5 proposte, collocando al primo posto quella della società W e al secondo posto quella della società Y.*

*Il progetto della prima classificata società W era pertanto posto a base di gara.*

*Tale delibera era impugnata dalla seconda classificata, società Y (che pure non partecipava alla gara indetta sulla base del progetto del promotore prescelto), con ricorso al Tar del luogo, affidato a due motivi di censura.*

*Con il primo motivo si sosteneva che, siccome al paragrafo "Caratteristiche generali degli interventi" dell'avviso indicativo il Comune prescriveva che la costruzione della struttura dovesse prevedere un numero di posti auto a rotazione minimo pari a 457, in conformità al Programma urbano parcheggi, l'offerta della società W non fosse accoglibile in quanto offriva un numero di posti auto pari a 427.*

*Con il secondo motivo si lamentava come, nell'esaminare l'elemento "Valore economico del finanziamento per la riqualificazione della Piazza (5 punti massimi)" nonostante la società Y avesse tempestivamente chiarito che l'ammontare complessivo degli oneri per la riqualificazione risultava pari ad euro 2.150.636,66, la Commissione considerava soltanto l'importo di euro 1.810.000 (scomputando gli oneri fiscali e tecnici pari ad euro 340.636,66), e per l'effetto, la proposta migliore risultava quella presentata dal promotore, pari a euro 2.100.000; alla società W, che offriva euro 1.623.000 venivano attribuiti 3,86 punti, mentre alla società Y, considerando solo il parziale importo di euro 1.810.000, venivano attribuiti soltanto 4,31 punti, sufficienti a permettere di collocarsi al primo posto in graduatoria, tenuto conto degli altri attribuibili in relazione alle altre voci di progetto.*

*Si costituiva la controinteressata società W che contestava nel merito la censura sollevata dal ricorrente, e, preliminarmente, eccepiva la carenza di interesse dalla controparte per non aver partecipato alla gara indetta sulla base del progetto selezionato dal Comune.*

*Il candidato, assunto le vesti del legale della società Y, rediga memoria difensiva nell'interesse dalla propria assistita illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie in esame.*

**Esame d'avvocato 2012: atto giudiziario in materia di diritto amministrativo**

di Francesca Idone

**Possibile soluzione schematica a cura di [Altalex](#)**

*La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.*

**Contenuto sintetico dell'atto:**

La questione prospettata in traccia ripercorre i tratti essenziali di una sentenza dell'Adunanza Plenaria del [Consiglio di Stato del 28.01.2012 n. 1](#). La tematica riguarda una procedura di Project Financing svolta sotto il vigore della [L. n. 109/1994 all'art. 37 bis e ss.](#)

Gli istituti e le problematiche da esaminare si concentrano sull'interesse alla proposizione del ricorso al TAR, e sui profili di illegittimità legati alla procedura di scelta del promotore ai sensi della [L. n. 109/1994](#), come successivamente modificata dal [D.Lgs. n. 163/2006](#) (Codice degli Appalti).

Il Comune di Alfa, con avviso indicativo pubblicato il 18.12.2005, ai sensi dell'[art. 37 bis della L. n. 109/1994](#), ricercava soggetti privati promotori di proposte per la finanza di progetto in relazione alla realizzazione di un parcheggio interrato posto al di sotto di un'area di mercato.

Con provvedimento della Giunta Comunale di Alfa (delibera n. 103 del 10.11.2007) si dichiaravano tecnicamente ammissibili e fattibili cinque proposte. L'interesse della traccia si sofferma su due posizioni: la società W classificata al primo posto, il cui progetto pertanto veniva posto a base di gara; la società Y seconda classificata.

Viene specificato che la società Y, pur non partecipando alla gara indetta sulla base del progetto del promotore prescelto, proponeva ricorso al TAR avverso la delibera della Giunta comunale, che collocava al primo posto la proposta della società W.

Il ricorso della società Y è affidato a due motivi di censura.

La controinteressata W si costituiva eccependo preliminarmente la carenza di interesse della società Y per non avere partecipato alla gara indetta a seguito della scelta del progetto selezionato dal Comune.

Seguendo le indicazioni fornite dalla traccia, l'atto da svolgere consiste nella redazione di una **memoria difensiva nell'interesse della società Y**.

Lo svolgimento della difesa articolata nella memoria dovrà concentrarsi preliminarmente sull'eccezione di carenza di interesse ad agire rilevata dalla società W ponendo alla base della difesa:

- a) i principi generali in tema di legittimazione ed interesse al ricorso;
- b) le disposizioni normative previste dall'art. 24 Cost. in tema di effettività della tutela giurisdizionale;
- c) la sindacabilità di tutti gli atti della Pubblica Amministrazione così come cristallizzata nell'[art. 113 Cost.](#);
- d) ancora, bisognerà evidenziare l'esistenza e l'attualità della lesione subita dalla ricorrente Y, seconda classificata, ancorché non abbia partecipato alla successiva fase di gara.

Al fine di superare l'eccezione preliminare rilevata, il candidato dovrà pertanto **illustrare le caratteristiche e la natura giuridica del project financing** così come prevedeva la L. n. 109/1994. Secondo la disciplina indicata in traccia – [art. 37 bis](#) - la procedura si articola in tre fasi: la prima si concludeva con la scelta del promotore finanziario il cui progetto veniva posto a base di una successiva gara (seconda fase); in esito a tale gara, si apriva una procedura negoziata (terza fase) senza bando in cui venivano poste in comparazione la proposta del promotore e le due migliori proposte selezionate nella procedura di gara.

Dovrà quindi **confrontare la normativa citata in traccia** (non più vigente all'epoca del ricorso di Y) **con le attuali disposizioni legislative in materia**, previste [dall'art. 153 del D.Lgs n. 163 del 2006](#). In base a tale norma la scelta del promotore è frutto di una vera e propria gara con previsione dei criteri selettivi e dei requisiti, per la valutazione comparativa delle diverse proposte (in esito a tale gara o il promotore diventa aggiudicatario o si apre una successiva negoziazione nella quale al promotore è riconosciuto il diritto di prelazione o, in alternativa, il diritto al rimborso forfettario per le spese sostenute in relazione alla presentazione della proposta).

Sulla base di tale assunto l'Adunanza Plenaria rileva che il procedimento di project financing è articolato in più sub procedimenti, il primo dei quali (che si conclude con la scelta del promotore) è il fulcro dell'intera procedura.

Da qui la necessità dell'impugnazione immediata del provvedimento di scelta del promotore che legittima chi ha partecipato alla prima fase (società Y) ad impugnare il procedimento.

Sul punto, in accordo con le conclusioni raggiunte dall'Adunanza del [Consiglio di Stato con la sentenza del 28 gennaio 2012 n. 1/2012](#), **bisogna quindi sostenere l'esistenza di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione proposta** dalla società Y, a prescindere dalla sua partecipazione alla successiva fase di gara.

Evidenziando che **“... il bene della vita nel procedimento di project financing è il conseguimento delle concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto ... omissis ... In coerenza con i principi generali in tema di legittimazione ed interesse al ricorso, l'atto di scelta del promotore è pertanto immediatamente e autonomamente lesivo, e immediatamente impugnabile da parte degli interessati ... omissis ... non vi è semplice facoltà, ma onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione, sicché la scelta del promotore che non venga**

**tempestivamente impugnata non potrà più essere contestata dopo la conclusione dell'intero procedimento ”** ([Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 28 gennaio 2012, n. 1](#)).

Si deve, in conclusione, menzionare il seguente principio di diritto desunto nella citata sentenza, in base al quale “ **nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima della quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante del promotore, l’atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto ed un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l’esito degli ulteriori sub procedimenti di aggiudicazione della concessione.**”

A questo punto il candidato, superata ogni problematica in ordine all’eccezione e confermato il proprio interesse attuale ad impugnare, deve comunque insistere nelle deduzioni di merito formulate con il ricorso introduttivo. Ribadendo che:

- 1) l’offerta della società W non è accoglibile in quanto presenta un numero di posti auto pari a 427, di molto inferiore al numero minimo previsto con avviso indicativo del 18.12.2005 (pari a 457);
- 2) la P.A. ha effettuato una errata considerazione dell’elemento “valore economico del finanziamento per la riqualificazione della piazza” avendo decurtato (illegittimamente) dall’offerta di Y, gli oneri fiscali e tecnici pari ad euro 340.636,66. Detta somma andava, invece, considerata nell’ammontare complessivo di tale elemento di valutazione, permettendo alla società Y di ottenere un punteggio idoneo a collocarla al primo posto in graduatoria (in luogo della società W).

Pertanto, dopo aver ribadito le censure relative al merito, bisogna concludere la memoria difensiva chiedendo in via preliminare il rigetto dell’eccezione formulata dalla società W e nel merito, ed insistendo per l’accoglimento dei motivi di ricorso introduttivo con ogni conseguenza in ordine al provvedimento impugnato.