

Pubblicato il 14/09/2020

N. 00611/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00348/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 348 del 2019, proposto da A.N.A.P. - Associazione Nazionale Autonoma dei Porti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniele Granara in Genova, via Bartolomeo Bosco 31/4;

contro

Comune di Ospedaletti, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Corrado Mauceri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Palestro 2/3;

nei confronti

Fin.Im. Finanziaria Immobiliare s.r.l. in liquidazione, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento del Comune di Ospedaletti prot. n. 3247 del 16.4.2019, recante il rigetto dell'istanza di avvio di una procedura di finanza di progetto ad iniziativa privata ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 per la realizzazione e gestione di un porto turistico;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 21 luglio 2020, svoltasi con modalità telematiche, la dott.ssa Liliana Felletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 16 maggio 2019 e depositato il 23 maggio 2019 A.N.A.P. - Associazione Nazionale Autonoma dei Porti ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe, con il quale il Comune di Ospedaletti ha respinto la sua istanza di avvio di una procedura di *project financing* ad iniziativa privata *ex art.* 183 del d.lgs. n. 50/2016 per la costruzione e gestione di un porto turistico.

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

I) *Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.). Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 e art. 49 del r.d. n. 327/1942). Eccesso di potere per istruttoria assente, contraddittorietà infraprocedimentale, travisamento in fatto e diritto.* Il provvedimento gravato si fonderebbe sull'erroneo presupposto dell'incertezza del regime di appartenenza dei manufatti realizzati

dall'originaria concessionaria Fin.Im. s.r.l. (considerati già presenti nel progetto di fattibilità della deducente). Secondo A.N.A.P. tali opere sarebbero state acquisite automaticamente al demanio marittimo, in conseguenza dell'annullamento in via giurisdizionale del titolo rilasciato a Fin.Im. s.r.l., mentre sarebbe irrilevante la pendenza del giudizio d'appello avverso il parere negativo reso dalla Commissione di incameramento della Capitaneria di Porto di Imperia. In ogni caso, anche se il Consiglio di Stato dovesse ritenere legittima la valutazione della Commissione e, quindi, i manufatti dovessero essere demoliti, il loro rifacimento *ex novo* da parte della ricorrente non determinerebbe lo squilibrio del piano economico-finanziario.

II) *Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento ed imparzialità (art. 97 Cost.). Violazione e/o falsa applicazione di legge (art. 6 della legge n. 241/1990). Eccesso di potere per istruttoria assente, contraddittorietà infraprocedimentale, travisamento in fatto e diritto.* L'amministrazione civica avrebbe illegittimamente omesso di attivare il soccorso istruttorio e, quindi, di richiedere ad A.N.A.P. di allegare la documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti prescritti dall'art. 183, comma 17, del d.lgs. n. 50/2016, nonché di sanare la carenza documentale riscontrata (mancando la bozza di convenzione, le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, la cauzione provvisoria e la dichiarazione di impegno a prestare una cauzione nella misura del 2,5% del valore dell'investimento nel caso di indizione della gara).

L'ente intimato si è costituito in giudizio, sostenendo che il ricorso sarebbe inammissibile e, in ogni caso, infondato nel merito.

Le parti hanno ribadito ed ampliato le proprie argomentazioni con successive memorie, insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione in data 21 luglio 2020, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020 n. 27.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per essere stato notificato a Fin.Im. s.r.l., dichiarata fallita nel 2015, indirizzandolo alla società "in liquidazione" in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anziché alla società "fallita" in persona del curatore fallimentare.

A prescindere dalla circostanza che il ricorso risulta comunque correttamente notificato all'indirizzo pec fallimentofinimsrl@legalmail.it, in ogni caso Fin.Im. s.r.l. non risulta controinteressata in senso tecnico nel presente giudizio, in quanto non vanta alcun interesse giuridico qualificato al mantenimento degli effetti dell'atto gravato.

Infatti, Fin.Im. s.r.l. non ricava alcun beneficio diretto ed immediato dal diniego di avvio di un procedimento di finanza di progetto avente come promotore A.N.A.P., essendo stata annullata in sede giurisdizionale la concessione demaniale marittima di cui la società era originariamente titolare ed essendo la s.r.l. in seguito fallita.

2. Va quindi scrutinata l'eccezione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, sollevata dalla difesa civica in ragione del fatto che, con delibera consiliare n. 43 dell'11 ottobre 2019, il Comune ha optato per un procedimento di iniziativa pubblica, avendo inserito la costruzione del porto turistico nel documento unico di programmazione per il periodo 2020/2022.

L'eccezione non può essere accolta.

L'art. 8, comma 5, lett. d) del d.l. n. 76/2020, in vigore dal 17 luglio 2020, ha novellato l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, introducendo espressamente la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte intese anche alla realizzazione di interventi già contemplati negli strumenti di programmazione dei lavori pubblici.

Ne consegue che, in seguito alla recente modifica normativa, l'opzione espressa dall'amministrazione per un *project financing* ad iniziativa pubblica non risulta di per sé ostativa alla proposizione di progetti *ex art. 183 cit.* da parte di privati.

3. Nel merito, il ricorso è infondato.

Occorre premettere che il provvedimento gravato è un atto c.d. plurimotivato, in quanto si fonda su tre differenti ragioni, ciascuna idonea di per sé a sorreggere il diniego, con la conseguenza che l'impugnazione risulta infondata se è legittimo uno qualsiasi dei motivi di rigetto (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2019, n. 8285; T.A.R. Liguria, sez. I, 8 agosto 2020, n. 577; T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, sez. I, 10 luglio 2020, n. 254).

Con i due motivi della narrativa in fatto, la ricorrente censura tutte e tre le ragioni in base alle quali è stata respinta la sua istanza. In particolare, per quanto concerne la carenza di legittimazione a presentare la proposta di *project financing*, deduce che l'ente locale avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio per consentirle di provare il possesso dei requisiti di cui all'art. 183, comma 17, del d.lgs. n. 50/2016.

Ciò posto, ritiene il Collegio che – anche a prescindere dalle questioni dell'appartenenza dei manufatti realizzati dal precedente concessionario e della omessa produzione della documentazione

richiesta dalla legge – risulta idoneo a sostenere il diniego il riferimento alla mancanza in capo ad A.N.A.P. dei requisiti per assumere il ruolo di promotore.

3.1. Deve anzitutto rammentarsi che, secondo la giurisprudenza, la parte non può limitarsi ad addurre in via ipotetica la violazione del principio del soccorso istruttorio, ma è gravata dall'onere di dimostrare in giudizio, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ., di disporre dei requisiti sostanziali di partecipazione, sì che, ove fosse stato attivato tale rimedio, l'esito sarebbe stato ad essa favorevole (in tal senso cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 14 marzo 2019, n. 1690; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6002; Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, nn. 975-976; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 17 luglio 2018, n. 1522).

Nel caso in esame A.N.A.P. non ha fornito alcun elemento probatorio atto a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti *ex lege*, né nel corso del procedimento amministrativo (essendosi limitata, dopo il preavviso di rigetto, a depositare una nota di osservazioni), né in giudizio.

3.2. In ogni caso, come evidenziato dalla difesa municipale, il difetto di legittimazione dell'associazione deducente rileva sotto il profilo sostanziale, prima ancora che documentale.

Ai sensi dell'art. 183, comma 17, del d.lgs. n. 50/2016, possono presentare proposte di interventi di *project financing* i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, vale a dire prescritti per i concessionari (anche associando o consorziando altri operatori), nonché i soggetti muniti dei requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici (eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi).

Orbene, emerge dagli atti che A.N.A.P. non risulta possedere le caratteristiche necessarie per candidarsi a promotore di un procedimento di finanza di progetto, per i motivi di seguito indicati.

3.2.1. In primo luogo, anche ammesso che, in base alla nozione sostanziale ed eurounitaria di operatore economico, un'associazione privata senza fine di lucro possa partecipare ad un partenariato pubblico privato (cfr. art. 3, comma 1, lett. r del d.lgs. n. 50/2016), in ogni caso A.N.A.P. non presenta gli indispensabili requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali stabiliti per i concessionari di lavori pubblici dall'art. 95 del d.p.r. n. 207/2010 (tuttora vigente, nelle more dell'emanazione del regolamento unico di cui all'art. 216, comma 27-*octies*, del d.lgs. n. 50/2016, in virtù del richiamo operato dagli artt. 83, comma 2, e 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 cit.).

In particolare, l'art. 95 del d.p.r. n. 207 richiede un capitale sociale o un patrimonio netto non inferiore ad un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento, un fatturato medio dell'ultimo quinquennio non inferiore al 10% dell'investimento, nonché lo svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini per un importo medio non inferiore al 5% dell'investimento e di almeno un servizio affine per un importo medio pari ad almeno il 2% dell'investimento.

L'associazione ricorrente possiede un fondo di dotazione di soli € 250,00 (cfr. art. 21 dello statuto di A.N.A.P., doc. 8 resistente) e, pertanto, palesemente insufficiente, essendo il costo dell'opera e, quindi, il valore dell'investimento stimato in € 35.990.000,00 oltre Iva (cfr. il piano economico-finanziario di A.N.A.P., doc. 4 ricorrente).

Del resto, l'associazione deducente, nell'istanza di avvio della procedura di *project financing* in data 11 dicembre 2008, ha affermato

che “*la scrivente è in possesso di tutti i requisiti prescritti dall’art. 183, comma 17, D.lgs. 50/2016 per la presentazione della proposta, ma non per la realizzazione dell’opera, pertanto per soddisfare i requisiti di cui all’art. 183, comma 15, D.lgs 50/2016 per la realizzazione dell’opera si costituirà in RTI, allorché il progetto definitivo del porto turistico “Porto delle Rose” sarà definitivamente approvato in accordo di programma*” (v. pag. 10 doc. 3 ricorrente). Dunque, la stessa A.N.A.P. ha ammesso di non possedere i requisiti richiesti ai concessionari di lavori pubblici (sia pure asserendo – come si vedrà, senza costrutto – di avere quelli “*per la presentazione della proposta*”).

3.2.2. In secondo luogo, in base all’art. 183, comma 17, cit. sono ammessi a presentare proposte di *project financing* anche i soggetti che possiedono i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici.

Orbene, pur includendo astrattamente un’associazione non lucrativa fra i possibili affidatari di commesse pubbliche (in virtù di un’interpretazione estensiva della nozione di operatore economico *ex* artt. 45 e 46 del d.lgs. n. 50/2016 fondata sul principio europeo di neutralità della forma giuridica), l’art. 3 dello statuto di A.N.A.P. non contempla tra gli scopi dell’associazione la partecipazione a gare pubbliche per l’affidamento di lavori o di servizi di progettazione, né la ricorrente ha allegato (o, tantomeno, provato) di avere svolto in passato tali attività.

Ne discende che A.N.A.P. risulta evidentemente sfornita dei c.d. requisiti speciali tecnici ed economici per concorrere a selezioni pubbliche, i quali consistono nel pregresso espletamento di prestazioni analoghe e nel possesso del conseguente fatturato, oltre che nella qualificazione SOA per i lavori pubblici (per i lavori cfr. gli

artt. 60 ss. e 92 ss. del d.p.r. n. 207/2010, cui rinviano gli artt. 83, comma 2, e 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016 nelle more dell'adozione del regolamento unico; per i servizi di progettazione cfr. le Linee Guida A.N.A.C. n. 1, recanti "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria").

3.2.3. Per completezza si osserva che, in base al vigente quadro normativo, i requisiti per divenire promotore di un'opera pubblica nell'ambito di una procedura di *project financing* ad iniziativa privata devono sussistere già al momento della presentazione della proposta, non potendo essere acquisiti nel corso del procedimento, come si evince sia dal chiaro tenore letterale dell'art. 183, comma 17, del d.lgs. n. 50/2016, sia, *a contrario*, dal comma 19 dello stesso articolo, il quale consente il recesso di alcuni componenti della compagine proponente solo a condizione che non vengano meno i (già sussistenti) requisiti per la qualificazione ("*i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione*").

Risulta pertanto priva di fondamento la pretesa di A.N.A.P. di indicare nel prosieguo della procedura le imprese con le quali si raggrupperebbe per ottenere i requisiti legittimanti. Oltretutto, un simile *modus procedendi* comporterebbe una palese violazione delle regole in materia di evidenza pubblica, in quanto l'amministrazione dovrebbe iniziare un procedimento "al buio", vale a dire senza conoscere gli operatori economici che in seguito entrerebbero a far parte del raggruppamento promotore per supplire all'originaria carenza dei requisiti in capo all'associazione ricorrente.

Per analoghe ragioni non risulta legittimamente percorribile l'idea espressa da A.N.A.P. nel piano economico-finanziario secondo cui, dopo l'approvazione della proposta, la stessa si trasformerebbe una s.p.a. di scopo per conseguire l'oggetto sociale con un capitale iniziale di € 500.000,00, da aumentare mediante emissione di azioni ordinarie fino ad € 2.000.000,00 (cfr. pagg. 5-6 del piano economico-finanziario di A.N.A.P., doc. 4 ricorrente). Nessuna disposizione contempla infatti la possibilità di dare vita ad una società di scopo dopo l'approvazione del progetto di fattibilità e prima dell'indizione della gara, al fine di acquisire i requisiti economici di cui il promotore sia sfornito (mentre l'art. 184 del d.lgs. n. 50/2016 attribuisce la facoltà di costituire una società di progetto solamente al vincitore della selezione dopo l'aggiudicazione).

3.3. Né a diverse conclusioni può giungersi sulla base della memoria procedimentale in data 21 marzo 2019 nella quale A.N.A.P., mutando la propria iniziale posizione in risposta al preavviso di rigetto, asserisce di essere lei stessa già *“in possesso di tutti i requisiti di legge, sia di quelli previsti dagli artt. 183, co. 8 e 17, del Codice sia di quelli previsti dall'art. 95 del d.P.R. n. 207/2010 per la realizzazione del progetto in questione”* (v. pag. 4 doc. 5 ricorrente).

Come rilevato *supra*, nel § 3.1, la prefata asserzione di A.N.A.P. è rimasta del tutto indimostrata, in quanto l'associazione non ha fornito – né nel procedimento amministrativo (dopo la comunicazione *ex art. 10-bis* della legge n. 241/1990) né in corso di causa – alcuna prova di possedere un patrimonio netto di almeno € 1.799.500,00 (1/20 di € 35.990.000,00) e un fatturato medio dell'ultimo quinquennio non inferiore a € 3.599.000,00 oltre Iva (10% di € 35.990.000,00), nonché di avere svolto negli ultimi cinque

anni servizi affini per un importo medio non inferiore ad € 1.799.500,00 oltre Iva (5% di € 35.990.000,00) e un servizio affine per un importo medio pari ad almeno € 719.800,00 oltre Iva (2% di € 35.990.000,00).

3.4. Alla luce di quanto sin qui esposto, risulta infondata la doglianza della ricorrente circa l'omesso soccorso istruttorio del Comune in relazione alla dimostrazione dei requisiti per promuovere il *project financing*, non avendo l'associazione assolto all'onere della prova sul punto ed essendo al contrario emerso il suo difetto di legittimazione alla presentazione della proposta.

4. In relazione a quanto precede, il ricorso si appalesa infondato e va, quindi, rigettato.

5. Le spese seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore del Comune di Ospedaletti, liquidandole forfettariamente nell'importo di € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2020, tenuta con modalità telematiche ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020 n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Richard Goso, Consigliere

Liliana Felletti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Liliana Felletti

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO