



COMUNE DI PRIVERNO

Città d'Arte e Medaglia d'argento al merito civile

Provincia di Latina

DETERMINAZIONE DIPARTIMENTO 3 - TECNICO

SERVIZIO 3.1: LAVORI PUBBLICI

n.013/2013 del 21/02/2013	OGGETTO:	ROMANA LUMINEX snc/Comune di Priverno - Ricorso n.810/2012 al TAR Lazio - Sezione distaccata Latina. SENTENZA n.86/2013 - punto a) - OTTEMPERANZA.
------------------------------	----------	--

IL RESPONSABILE SERVIZIO 3.1

Visto il provvedimento formale di incarico di Posizione Organizzativa, Decreto Sindacale n.6 del 10/10/2012 con cui veniva nominato l'arch. Gianfranco CAUTILLI quale Responsabile del Dipartimento 3 - Tecnico;

PREMESSO CHE:

- la Romana Luminex snc ha presentato una proposta, ex art.37 bis e seguenti della L.109/1994, per la realizzazione di un project financing denominato: Ristrutturazione e messa a norma dell'impianto di illuminazione votiva e opere di sistemazione dei viali e accessori all'interno del Cimitero per un importo complessivo di €170.415,00; proposta acquisita agli atti dell'Ente in data **17 dicembre 2004 al ns.prot.n.15538**;
- la Giunta Comunale con **deliberazione n.47 del 1° marzo 2007** ha adottato la proposta di project financing di cui sopra;
- l'intervento veniva inserito nella programmazione triennale dei lavori pubblici relativa al triennio 2007/2008/2009 con **D.G.C.n.069 del 27 marzo 2007** in aggiornamento alla **D.G.C. n.230 del 10 ottobre 2006** avente ad oggetto: adozione Programma Triennale opere pubbliche e aggiornamento elenco annuale - triennio 2007/2008/2009;
- con **D.C.C.n.06 del 11 aprile 2007** veniva approvato il Programma triennale delle opere pubbliche per il triennio 2007/2008/2009;
- con **nota prot.n.9926 del 07/06/2007** il sindaco comunicava al responsabile del Servizio 3.1, la convocazione del Consiglio Comunale per il giorno 15 giugno 2007 con, al punto 6 dell'ordine del giorno, l'argomento: "art.42, comma2, lett.l) D.Lgs.267/2000 esercizio del servizio di lampade votive tramite concessione a terzi;
- con nota del **11 giugno 2007** (che si allega in copia alla presente), anche a seguito del parere rilasciato in data 29/01/2007 alla Romana Luminex dallo studio legale Avv. Vito de Vito, il Responsabile del Servizio 3.1 invitava il Sindaco a rinviare l'argomento, di cui al punto 6 dell'ordine del giorno, del Consiglio del 15 giugno 2007, al fine di accertare l'applicabilità della disciplina normativa dettata dall'art.37/bis della L.109/1994 essendovi state introdotte, dal 17 dicembre 2004 al 11/06/2007, modifiche sostanziali;
- Il Consiglio Comunale di Priverno non si è espresso ai sensi art.42, comma2, lett.l) del D.Lgs.267/2000, significando con ciò, il venir meno dell'interesse circa l'intervento da parte dell'Amministrazione comunale, che risulta essersi espressamente dichiarata circa il pubblico interesse dell'opera.
- L'ultimo periodo del comma 1 dell'art.37 bis, L.109/94 così come in vigore dal 2002 riporta:
"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 modificato dall'art. 7, co. 1, lett. aa) L. 166/2002]"

Pertanto, risulta improbabile che l'A.C. di Priverno per il solo fatto di aver "adottato" con D.G.C.n.47/2007 e solo successivamente, inserito l'intervento di project financing nel Programma Triennale delle OO.PP., adottato con D.G.C.n.069 del 27 marzo 2007 ed approvato con D.C.C.n.06 del 11 aprile 2007, sia obbligato a dare esecuzione allo stesso;

- Le procedure successive, così come individuate dal comma 2-bis, 2-ter dell'art.37 bis, all'art.37-ter e art.37-quater della L.109/94, non sono state attivate.
- Dal 1° luglio 2006 è entrato in vigore il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che agli artt. 153 e ss. ha recepito la disciplina normativa previgente (artt. 37-bis e ss. Legge Merloni);
- La Deliberazione dell'A.V.CC.PP. n.204 del 21/06/2007 (d.lgs 163/06 Articoli 153), fa presente che con riferimento all'istituto della finanza di progetto, come disciplinato dagli art. 37 bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n.109, la normativa di settore è chiara nel richiedere che gli interventi individuati come realizzabili con capitali privati, oltre ad essere inseriti nella programmazione, siano descritti e resi pubblici al fine di garantire la trasparenza mediante un'informazione esauriente e consentire quindi la più ampia partecipazione dei soggetti interessati. La fase di scelta del promotore rappresenta un momento decisivo della procedura di project financing e, con l'introduzione del "diritto di prelazione" in favore del promotore, è diventato di risolutiva importanza che tutti i potenziali concorrenti abbiano conoscenza, attraverso idonee forme di pubblicità, degli interventi che le amministrazioni intendono realizzare attraverso l'apporto di capitali privati. L'A.C. di Priverno si è fermata all'inserimento dell'intervento nel Programma Triennale delle OO.PP.;
- Il d.lgs. 113/2007, abroga il cd. diritto di prelazione e tale a partire dal giorno successivo alla sua pubblicazione sulla G.U. e quindi a partire dal 1° agosto 2007.
- L'attuale assetto normativo dell'art.153. "Finanza di progetto", così come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera ee), d.lgs. n.152 del 2008, e poi dall'art. 59-bis, legge n. 27 del 2012, si presenta completamente e sostanzialmente difforme dall'art. 37-bis, legge n. 109/1994 per cui, ad oggi, la figura del promotore viene individuata solo ed esclusivamente a seguito di una procedura pubblica di scelta tra contraenti con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- **La Deliberazione dell'A.V.CC.PP. n.32 del 08/04/2009** (d.lgs 163/06 Articoli 153), ribadisce il contenuto della determinazione 1/2009: "linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo" (d.lgs. 11/09/2008, n.152), con cui, l'Autorità ha chiarito che il nuovo art. 153 D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163 si applica alle procedure i cui bandi siano pubblicati dopo il **17 ottobre 2008**, e che "la nuova disciplina prescrive espressamente la pubblicazione del bando di gara anche sulla GURI e sulla GUCE in relazione all'importo a base di gara". L'iter del project financing in oggetto, è iniziato mentre era ancora in vigore la Legge 109/94 ma il bando di gara non è stato, ad oggi, pubblicato. L'A.C. di Priverno dovrà procedere (se ancora interessata) ad affidare la concessione secondo le nuove norme che non consentono più il diritto del promotore ad essere preferito ai suoi competitori qualora intenda adeguare la propria offerta a quella economicamente più vantaggiosa presentata dagli stessi soggetti offerenti.

Tanto premesso, si fa presente che l'iter del project financing in oggetto, è iniziato mentre era ancora in vigore la Legge 109/94 ma il bando di gara non è stato, ad oggi, pubblicato. L'A.C. di Priverno dovrà procedere (se ancora interessata) ad affidare la concessione secondo le nuove norme che non consentono più il diritto del promotore ad essere preferito ai suoi competitori qualora intenda adeguare la propria offerta a quella economicamente più vantaggiosa presentata dagli stessi soggetti offerenti.

Pertanto, ad oggi, l'istanza presentata dalla Romana Luminex del **17 dicembre 2004** non può essere presa in considerazione.

Ad ogni buon conto, si rappresenta che nel Ricorso presentato al Tar Lazio dalla Romana Luminex, che si allega alla presente si trovano errori e discrasie varie.

Nel corpo del "FATTO" (pag. 2 del Ricorso) si legge:

1. che la nota della Romana Luminex (d'ora in poi Ricorrente) con cui ha presentato la proposta di project financing è del **17 aprile 2004** con riferimento al prot.n.15538. La data corretta e corrispondente a quel numero di protocollo è il **17 dicembre 2004**;
2. che con la deliberazione di G.C. n.47 del **01/03/2004**, la proposta (prima della sua presentazione agli atti dell'Ente) veniva dichiarata di pubblico interesse e per effetto la Ricorrente veniva nominata Soggetto Promotore. La data corretta della deliberazione di Giunta Comunale n.47 è il **01/03/2007**, per cui dalla data di presentazione del project all'adozione dello stesso da parte dell'Amministrazione comunale sono trascorsi ben oltre due anni. Con la citata Deliberazione veniva esclusivamente adottata la proposta della Ricorrente al fine

del suo inserimento nella programmazione triennale delle opere pubbliche. **L'Amministrazione non ha mai proceduto alla valutazione di cui all'art.37-ter della L.109/1994 e pertanto non ha mai riconosciuto la proposta di pubblico interesse ai sensi del primo periodo del comma 1 dello stesso articolo.**

Il secondo periodo del comma 1 dell'art.37-ter prevede che la pronuncia circa la valutazione della proposta deve avvenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta dal promotore. Il Comune di Priverno non si è mai pronunciato in merito alla valutazione della proposta della Ricorrente, in quanto la D.G.C.n.47 del 01/03/2007 (ben oltre i quattro mesi previsti) era necessaria e preliminare per l'inserimento dell'intervento proposto dalla Ricorrente nella programmazione triennale delle OO.PP. che avviene solo successivamente con la D.G.C.n.069 del **27 marzo 2007**;

3. non essendosi pronunciato circa la valutazione di cui all'art.37-ter, l'A.C. non poteva indire la gara di cui all'art.37-quater L.109/94;
4. Ciò che nel Ricorso viene definito "perdurante inerzia de Comune di Priverno" è da intendersi come venir meno dell'interesse dell'A.C. alla proposta del Ricorrente.

Nel corpo del DIRITTO si legge:

- a pag.3 del Ricorso:
- 5. "ai sensi dell'art.37-quater (Indizione della gara) della L.n.109/94 nel testo vigente alla data di adozione della deliberazione di G.C.n.47 del 1 marzo 2004..." Perdura l'errore nell'indicazione della data della D.G.C.n.47 che è del 1° marzo 2007 (ben tre anni dopo) quando l'art. 37-quater non è più vigente essendo stata abrogata la L.109/94 dal D.Lgs.163/2006 entrato in vigore dal 1° luglio 2006 ed in via differita il 1° febbraio 2007;
- a pag.4 del Ricorso:
- 6. "Dunque, il Comune di Priverno avrebbe dovuto a termini di legge procedere all'indizione della gara entro la data del 1° giugno 2004"... quando la proposta di project financing della Ricorrente ancora non veniva acquisita agli atti dell'Ente (la prima istanza viene presentata in data 17 dicembre 2004!!!!)
- a pag.5 del Ricorso:
- 7. "E' indubbio che l'Amministrazione abbia il preciso dovere, una volta individuato il Soggetto Promotore..." : di nuovo, l'A.C. di Priverno non ha mai formalmente ed espressamente individuato il Ricorrente quale Soggetto Promotore!
- a pag.6 del Ricorso:
- 8. "Anche a voler ritenere che la società ricorrente, nell'inerzia dell'Amministrazione di indire la procedura di gara a seguito della dichiarazione di pubblico interesse della proposta di project..." Si ribadisce che l'A.C. di Priverno non ha adottato alcun provvedimento circa la dichiarazione di pubblico interesse del project financing presentato dalla Ricorrente!
- 9. "L'invio di una diffida all'Amministrazione comunale, contenete l'invito a provvedere, ai sensi dell'art.2 della legge 241/1990 deve essere considerata come nuova istanza ...ricorrendone i presupposti": nel caso di specie, tra la prima istanza del 17/12/2004 e la seconda (nuova) istanza del 19/10/2011, ns.prot.n.18462 del 20/10/2011 (circa sette anni dopo!), il necessario presupposto di conformità della stessa alla normativa vigente non sussiste in quanto tra il 2004 ed il 2011 l'assetto normativo in materia di project-financing ha subito notevoli modifiche sostanziali.

CONSIDERATO, infine che l'Amministrazione Comunale si è costituita in giudizio con atto deliberativo di Giunta del 20/11/2012, n.254 in relazione al ricorso di che trattasi;

PRESO ATTO della **Sentenza n.86 del 2013** con cui il Tribunale Amministrativo del Lazio – Sezione distaccata di Latina, accoglie il ricorso n.810/2012 presentato dalla Romana Luminex snc e, tra l'altro, ordina al Comune di Priverno di adottare un atto esplicito sulla diffida di cui alla nota della Società Romana Luminex del 19/10/2011 prot.n.84/2011, pervenuta agli atti dell'Ente in data 20/10/2011 al n. prot.n.18462;

ALLA LUCE di quanto sopra, il Dipartimento 3 è dell'avviso che, nel caso di specie, tra la prima istanza del 17/12/2004 e la seconda (nuova) istanza del 19/10/2011, ns.prot.n.18462 del 20/10/2011 (circa sette anni dopo!), il necessario presupposto di conformità della stessa alla normativa vigente non sussiste in quanto tra il 2004 ed il 2011 l'assetto normativo in materia di project-financing ha subito notevoli modifiche sostanziali, e che pertanto, non si possa procedere alla valutazione delle istanze presentate dalla Romana Luminex s.n.c.;

VISTI la legge 7 agosto 1990, n.241, ss.mm.ii.
il Decreto Legislativo 12/04/2006, n.163- Codice dei contratti pubblici;
il D.P.R. 05/10/2010, n.207 – Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici;
il Regolamento Comunale per l'organizzazione degli uffici e dei servizi;
lo statuto comunale ed il vigente regolamento di contabilità;
il Decreto Legislativo 18/08/2000, n.267 – T.U. EE.LL. e ss.mm.ii.;

TANTO PREMESSO, attese le proprie competenze;

DETERMINA

1. **CHE** le premesse sono parte integrante e sostanziale del presente provvedimento;
2. **DI PRENDERE ATTO** della **Sentenza n.86 del 2013** con cui il Tribunale Amministrativo del Lazio – Sezione distaccata di Latina, accoglie il ricorso n.810/2012 presentato dalla Romana Luminex snc in cui alla lettera a), ordina al Comune di Priverno di adottare un atto esplicito sulla diffida di cui alla nota della Società Romana Luminex del 19/10/2011, prot.n.84/2011, pervenuta agli atti dell'Ente in data 20/10/2011 al n. prot.n. 18462;
3. **DI DARE ATTO** che le istanze presentate dalla Società Romana Luminex s.n.c. del 17/12/2004 e del 20/10/2011 non possono essere accolte in quanto, il necessario presupposto di conformità delle stesse alla normativa vigente in materia di Lavori Pubblici, non sussiste in quanto, tra il 2004 ed il 2011, l'assetto normativo in materia di project-financing ha subito notevoli modifiche sostanziali, e che pertanto, non si possa procedere alla loro valutazione;
4. **DI TRASMETTERE** il presente provvedimento al Tribunale Amministrativo del Lazio – Sezione Distaccata di Latina, alla società Romana Luminex snc, nei modi e nei termini di legge; al Sindaco, alla Giunta ed al Servizio Contenzioso del Comune di Priverno per quanto di competenza.

La presente determinazione, anche ai fini della pubblicità degli atti e della trasparenza amministrativa, sarà pubblicata in elenco all'albo pretorio e vi resterà per 15 giorni consecutivi dal _____;

Non comportando spesa, non sarà sottoposta al visto del responsabile del servizio finanziario e sarà esecutiva dal momento della sua sottoscrizione;

A norma dell'art.8 della legge 241/1990, si rende noto che il responsabile del procedimento è l'arch. Claudia Romagna e che potranno essere richiesti chiarimenti anche a mezzo telefono (0773/912235/36)

IL RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO

f.to arch. Claudia ROMAGNA

IL RESPONSABILE DEL DIPARTIMENTO 3

f.to arch. Gianfranco CAUTILLI

**E' COPIA CONFORME ALL'ORIGINALE
IL RESPONSABILE DEL DIPARTIMENTO 3
*arch. Gianfranco CAUTILLI***

Priverno, 21 febbraio 2013

www.AlboPretorionline.it 21/02/13