

GIURISPRUDENZA

n. 6 - 2010 © [copyright](#)

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 28 maggio 2010 n. 3399

Pres. Baccarini - Est. Ferrari

Consorzio Toscana Salute (Avv. ti P. Chiti, Princi, Miccinesi, Bruni, Vinti, Roversi Monaco, Morello, Grassi, Del Nord) C/ Sistema Integrato Ospedali Regionali (Avv. Malinconico) + altri.

1. Contratti P.A. - Project financing - Promotore - Scelta - Regole di evidenza pubblica - Applicazione - Non necessarietà - Conseguenze - Illegittimità della fase successiva - Non sussiste.

2. Contratti P.A. - Project financing - Piano economico finanziario - Modifiche - Prima della approvazione del progetto - Ammissibilità - Ragioni - Limite - Nuova proposta.

3. Contratti P.A. - Project financing - Investimenti concessioni - Squilibrio economico finanziario - Aggiornamento valori economici - Obbligo della P.A. - Conseguenze - Indizione della gara - Sussiste.

1. Nella prima fase della procedura per l'affidamento di una concessione - contratto in project financing per l'esecuzione di lavori pubblici, inerente la scelta del promotore, non si applicano le regole dell'evidenza pubblica, pertanto la mancata applicazione di dette regole, non determina automaticamente l'invalidità di tutti gli atti della gara successiva per l'individuazione del concessionario, compresa l'aggiudicazione della gara al promotore stesso.

2. Le variazioni al piano economico approvate e concordate con l'Amministrazione, dopo la dichiarazione di pubblico interesse, ma prima della approvazione del progetto preliminare, sono pienamente legittime, e non invalidano la procedura. Ciò trova giustificazione nella logica collaborazione che deve esistere, in funzione della migliore tutela del pubblico interesse, tra promotore ed Amministrazione, che per legge ispira tutta la fase preliminare di scelta e di approvazione della proposta di project financing da sottoporre poi a pubblica gara. Resta fermo che, dette modifiche, seppur concordate, non possono tuttavia legittimare l'elaborazione di una proposta tecnica ed economica - finanziaria del tutto nuova rispetto alla proposta iniziale.

3. Nella procedura per l'affidamento di una concessione in project financing, sussiste in capo all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 19, c. 2 e 2 bis del L. 1009/1994, l'obbligo di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario, fin dalla stipula del contratto. Tuttavia, detto obbligo può ritenersi sussistente anche prima della indizione della gara, al fine di aggiornare i valori economici della originaria proposta del promotore rispetto a quelli riscontrabili al momento di avvio della gara.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10360 del 2008, proposto da: **Consorzio Toscana Salute**, in persona del presidente e legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandatario dell'A.T.I. con la Building Desing Partnership LDT (mandante), rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Pilade Chiti, Natalia Princi, Marco Miccinesi, Alberto Bruni, Stefano Vinti, Fabio Roversi Monaco, Antonino Morello, Maria Teresa Grassi, Agnese Del Nord, con domicilio eletto presso lo Studio Vinti & Associati in Roma, via Emilia N. 88; **Ati - Building Design Partnership Ldt**;

contro

Sistema Integrato Ospedali Regionali - S.I.O.R.- Associazione tra le Aziende A.S.L. n. 1 di Massa e Carrara, n. 2 di Lucca, n. 3 di Pistoia e n. 4 di Prato- Progetto "Nuovi Ospedali" rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via Liberiana, n.17; - **Regione Toscana**, in persona del presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lucia Bora e Flora Neglia dell'Avvocatura regionale, con domicilio eletto in Roma presso l'avv. Giovanni Pasquale Mosca, Corso Italia n. 102; - **SA.T S.p.a.**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Adavastro, Marco Annoni, Andrea Segato, Serena Fillippi, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Annoni in Roma, via Udine n.6; - **Astaldi S.p.a** in proprio e nella qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo di imprese formato da Astaldi s.p.a., Techint Compagnia Tecnica Internazionale S.p.a e Pizzarotti & C. S.p.a

per l'annullamento e/o riforma

della sentenza del TAR TOSCANA - FIRENZE :Sezione II n. 01756/2008, resa tra le parti, concernente L'AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE E COSTRUZIONE DEI NUOVI OSPEDALI DI PISTOIA, PRATO, LUCCA E MASSA CARRARA

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2010 il Cons. Annibale Ferrari e uditi per le parti gli avvocati Bruni, Chiti, Barbieri, su delega dell'avv. Vinti; l'avv. Mosca, su delega dell'avv. Bora, e gli avv.ti Malinconico e Annoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.) Con l'appellata sentenza il T.A.R. della Toscana ha riunito quattro ricorsi con relativi motivi aggiunti proposti dal "Consorzio Toscana Salute" e li ha in parte dichiarati inammissibili, in parte improcedibili e per il resto li ha respinti nei termini ed ai sensi di cui in motivazione; il tutto, con l'ulteriore rigetto della istanza risarcitoria e con la compensazione delle spese di lite tra le parti.

2.) In particolare, il primo ricorso con i relativi motivi aggiunti (R.G.n.737/2006) è stato in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto siccome infondato.

Tale ricorso con i relativi motivi aggiunti era stato proposto (contro la Regione Toscana, contro il Sistema Integrato Ospedali Regionali-S.I.O.R., contro le Aziende U.U.L.L.S.S. di Massa e Carrara, di Lucca, di Pistoia e di Prato e nei confronti della impresa Astaldi s.p.a. in proprio e quale mandataria di un R.T.I.) per l'esercizio del diritto di accesso e per l'annullamento con il conseguenziale risarcimento dei danni: A) della delibera dell'assemblea del S.I.O.R. n.24 del 19 dicembre 2005 con cui è stato approvato il progetto preliminare da mettere in gara ai sensi dell'art. 37 quater della legge n.109 del 1994 per la costruzione di quattro nuovi presidi ospedalieri nella Regione Toscana; B) della delibera n. 1257 adottata in pari data dalla Giunta regionale della Toscana con la quale è stato positivamente valutato detto progetto preliminare ed è stata formulata la richiesta di ammissione a finanziamento; C) della delibera dell'assemblea del S.I.O.R. n.38 del 25 settembre 2007 con la quale lo stesso S.I.O.R. ha definitivamente

aggiudicato al promotore A.T.I." Astaldi-Techint-Pizzarotti" la concessione per la progettazione e costruzione dei nuovi ospedali toscani di Prato,Lucca,Pistoia e delle Apuane e la gestione dei relativi servizi non sanitari e commerciali;D) della precedente delibera del S.I.O.R. n.36 del 31 luglio 2007 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della stessa concessione al promotore;E) di ogni altro atto,attività e comportamento presupposto,connesso o consequenziale tra cui le specifiche comunicazioni effettuate al ricorrente in ordine all'avvenuta aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara al predetto promotore.

3.) Il secondo ricorso con i relativi motivi aggiunti (R.G.1001/2006) è stato in parte dichiarato inammissibile,in parte improcedibile e per il resto respinto siccome infondato.

Tale ricorso con motivi aggiunti era stato proposto per ottenere l'annullamento con la consequenziale pronuncia di risarcimento del danno:A) del bando di gara di project financing reso pubblico nei mesi di aprile e maggio 2006 e relativo alla progettazione e costruzione dei predetti nuovi ospedali;B) della delibera di modifica ed integrazione del testo del bando medesimo nonché degli atti di rettifica e di proroga dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara nonché della nota di risposta ai chiarimenti forniti dal responsabile del procedimento in data 31 maggio 2006;C) della lettera di invito in data 3 agosto 2006 per la partecipazione alla gara per licitazione privata ai sensi dell'art. 37 quater co.1 lett.A della legge 109/1994; D) di ogni altro atto e comportamento presupposto,connesso o consequenziale così come puntualmente individuati nei motivi aggiunti rispettivamente depositati in data 18 ottobre 2006,30 novembre 2006,27 aprile 2007,26 ottobre 2007 anche per quanto concerne la lettera di invito in data 10 aprile 2007 per la partecipazione alla procedura negoziata di cui all'art.37 quater lett.B) della predetta legge,nella parte in cui tale lettera prevede il diritto di prelazione a favore del promotore all'esito della stessa procedura negoziata.

4.) Il terzo ricorso con i relativi motivi aggiunti (R.G. n.620/2007) è stato dichiarato inammissibile.

Tale ricorso con motivi aggiunti era stato proposto per ottenere l'annullamento con la consequenziale pronuncia di risarcimento del danno:A) della predetta lettera in data 10 aprile 2007 di invito alla procedura negoziata,sempre nella parte in cui essa prevedeva il diritto di prelazione in favore del promotore;B) di ogni altro atto e comportamento presupposto,connesso o consequenziale relativo allo svolgimento ed alla conclusione della stessa procedura di gara,così come puntualmente individuati nello stesso ricorso e nei relativi motivi aggiunti.

5.) Il quarto ricorso (R.G.1645/2007) avente ad oggetto gli stessi atti impugnati con i gravami precedenti (ed,in particolare,le delibere di aggiudicazione provvisoria e definitiva della concessione di cui è causa al promotore) è stato complessivamente respinto con una specifica motivazione relativa al primo motivo ed anche con riferimento alle altre censure di illegittimità derivata in quanto già negativamente scrutinate in rito e nel merito nelle decisioni degli altri tre precedenti ricorsi.

6.) Avverso tale sentenza il" Consorzio Toscana Salute" ha proposto appello formulando numerose censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto vari profili.

In sostanza,con il primo ordine di censure vengono ribaditi i profili di illegittimità del previsto diritto di prelazione in favore del promotore all'esito della procedura negoziata (tali profili erano stati già evidenziati dal Consorzio appellante fin dall'inizio della procedura ad evidenza pubblica con i ricorsi n.1001/2006 e n.620/2007, allo scopo di convincere il S.I.O.R.ad eliminare siffatta previsione in via di autotutela).Con il secondo ordine di censure viene rimarcata l'illegittima decisione del T.A.R. di non assecondare la richiesta di sospensione del giudizio di 1° grado ai sensi dell'art.295 del c.p.c. in considerazione del ritenuto rapporto di pregiudizialità necessaria esistente tra i ricorsi proposti avverso la localizzazione di alcuni degli ospedali da realizzare ed il gravame in corso di decisione davanti allo stesso T.A.R..Con il terzo ed ultimo ordine di censure vengono ribaditi tutti i profili di illegittimità già ampiamente segnalati in primo grado per evidenziare la sostanziale e macroscopica difformità esistente tra il progetto ed il piano economico finanziario approvati nel 2005 rispetto a quelli dichiarati di pubblico interesse nel 2003.

7.) Tali censure sono infondate e come tali meritevoli di rigetto.

7.1) Infondati sono anzitutto i vari profili di doglianza relativi alla consentita facoltà di esercizio del diritto di prelazione in favore del soggetto che venne prescelto dal S.I.O.R. come promotore, nel contesto di una procedura ritenuta radicalmente illegittima fin dall'origine in quanto avviata senza il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica nella prima fase del suo svolgimento e per di più senza l'espressa previsione - nel relativo avviso indicativo dei programmi di interventi realizzabili con capitali privati pubblicato dallo stesso S.I.O.R. nel 2003 - della predetta facoltà spettante al soggetto che sarebbe stato prescelto come promotore sulla base peraltro di una complessa ed ampiamente discrezionale valutazione delle varie proposte progettuali da parte della stessa Amministrazione.

L'infondatezza della asserita correlazione necessaria ed inscindibile tra la previsione del diritto di prelazione e la doverosa applicazione delle regole dell'evidenza pubblica nella prima fase di svolgimento della procedura in questione risulta in questo caso ampiamente ricavabile dalla sentenza di questa stessa Sezione pure citata ed invocata nel presente atto di appello (sentenza n.6287/2005 resa tra le stesse parti del presente giudizio,allora in posizioni processuali invertite).

Infatti, per la medesima vicenda procedimentale riguardante le stesse parti attualmente in causa, tale sentenza ha precisato e definitivamente chiarito (con la forza del giudicato e con statuizioni non più discutibili anche a seguito del successivo rigetto della richiesta di revocazione della sentenza medesima) che la valutazione comparativa delle proposte da effettuarsi discrezionalmente nella prima fase della procedura di project financing - comunque nel caso concreto rispettosa dei generali principi di pubblicità, di trasparenza e di parità di trattamento vigenti nell'ambito di qualsiasi procedimento amministrativo ai sensi della legge n. 241 del 1990 - non doveva in questo caso intendersi ulteriormente assoggettata fin dalla sua prima fase di svolgimento al rispetto delle regole della evidenza pubblica. Anzi, la normativa di settore (artt. 37 bis e segg. della citata legge n. 109/1994), distinguendo nettamente la prima fase relativa alla scelta del promotore da quella successiva di indizione e di svolgimento della gara nel rispetto delle regole della evidenza pubblica, rendeva ben chiara l'idea che tali regole dovevano essere osservate solo per quest'ultima fase e non per la prima.

Questo Collegio condivide le argomentazioni giuridiche svolte in detta sentenza; sicché, per logica conseguenza, ritiene che la mancata applicazione di dette regole nella fase di scelta del promotore non può essere invocato come vizio genetico automaticamente invalidante di tutti gli atti della gara successiva e quindi neppure come vizio di illegittimità derivata degli atti di aggiudicazione della gara al promotore che in questo caso ha ritenuto di avvalersi del diritto di prelazione per legge previsto in suo favore.

L'infondatezza dell'ulteriore profilo di doglianza, con il quale si evidenzia l'avvenuto adeguamento soltanto apparente e non effettivo di detta normativa di settore al diritto comunitario, discende poi dal riscontro della corretta applicazione della normativa nazionale di armonizzazione che, proprio con riguardo al diritto di prelazione previsto nella specifica materia, è stata adottata dal nostro legislatore a seguito della procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione europea nel 2002 con riferimento alla dedotta violazione dei principi di pubblicità e di "par condicio" vigenti nella disciplina delle pubbliche gare.

Al riguardo, giova premettere che i rilievi mossi nel 2002 dalla Commissione europea, proprio in ordine all'illegittima previsione del diritto di prelazione così come all'epoca introdotto nell'art. 37 ter della legge 109/1994 dalla legge n. 166 del 2002 senza tener conto dei predetti principi, appaiono adeguatamente risolti dapprima con la legge n. 62 del 18 aprile 2005 che ha apportato una modifica del testo dell'art. 37 bis prevedendo altresì una norma transitoria in seguito attuata e specificata con un decreto ministeriale del 25 ottobre 2005 e, da ultimo, con il D.Lgvo n. 152 dell'11 settembre 2008.

In buona sostanza, proprio in ossequio a detti principi di pubblicità e di "par condicio", con dette disposizioni, correttive ed integrative della precedente normativa di settore, il legislatore nazionale ha sancito a regime l'obbligo di indicare espressamente nell'avviso di cui all'art. 37, co. 2 bis la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore; in via transitoria, poi, con riferimento agli avvisi pubblicati prima del 31 gennaio 2005 senza tale espressa indicazione, il predetto decreto ministeriale, ha stabilito che l'indicazione espressa di tale diritto venga inserita nel bando di gara se ancora quest'ultimo non risulti emanato alla data di pubblicazione del decreto ovvero, nel caso contrario, in una apposita comunicazione formale da inviare a tutti i soggetti partecipanti alla procedura negoziata.

Dagli atti di causa risulta che tale normativa è stata in questo caso puntualmente e correttamente applicata.

Infatti, considerando che la legge n. 62/2005 è intervenuta dopo la pubblicazione dell'avviso di cui al citato art. 37 bis e che il bando di gara (pubblicato dopo l'emanazione del predetto decreto ministeriale del 25 ottobre 2005) ed anche la lettera di invito alla procedura negoziata contenevano l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore, è escludere che in questo caso il S.I.O.R. abbia formalmente ed anche sostanzialmente violati i cennati principi comunitari di pubblicità e di "par condicio" vigenti in materia di pubbliche gare.

7.2) Infondati oltre che inammissibili per carenza di un interesse giuridicamente rilevante sono poi i vari profili di doglianza relativi al mancato accoglimento dell'istanza di sospensione del giudizio ex art. 295 c.p.c., in considerazione dell'asserito rapporto di ineludibile pregiudizialità esistente tra i ricorsi proposti in primo grado avverso la localizzazione di alcuni ospedali ed il presente gravame.

Sostiene, in sintesi, la difesa dell'appellante che la sentenza di primo grado avrebbe minimizzato e sbrigativamente disatteso tale istanza senza considerare che nel caso di specie - essendo la prevista localizzazione di due dei quattro ospedali (Massa e Pistoia) oggetto di ricorsi giurisdizionali, di un altro (Massa) già mutata e di un altro (Lucca) ritenuta inidonea - qualsiasi possibile variazione futura anche di una sola di dette localizzazioni comporterebbe necessariamente la revisione dell'intero ed unitario "Progetto Ospedali" con la conseguenziale necessità di annullamento e rinnovazione della procedura di "project financing"; da ciò, risulterebbe altresì evidente l'interesse quanto meno strumentale dello stesso appellante per l'accoglimento delle relative censure.

Proprio con riferimento a siffatta prospettazione difensiva, deve per contro rilevarsi che neppure tale interesse strumentale può in questo caso ritenersi giuridicamente meritevole di protezione; ciò, in quanto non è affatto pacifico in atti che dette variazioni di localizzazione siano effettivamente già intervenute ovvero che potrebbero probabilmente intervenire anche per effetto del contenzioso ancora "sub iudice".

In proposito, a parte quanto correttamente precisato in via preliminare nell'impugnata sentenza (sulla

eventuale rilevanza giuridica di tali possibili variazioni soltanto nella fase esecutiva della procedura in questione), è comunque doveroso notare che - a fronte del dato certo della avvenuta stipula degli accordi di programma mirata proprio al mantenimento delle localizzazioni originarie - la difesa dell'appellante non ha prodotto altrettante prove certe ed inconfutabili in ordine a dette asserite variazioni già avvenute prima dell'aggiudicazione definitiva ovvero verificabili in epoca successiva.

Argomenti di prova sufficienti sono stati invece forniti, in senso contrario, dalle difese delle controparti.

In particolare, per quanto concerne la prevista localizzazione originaria dell'ospedale unico delle Apuane (Massa - Via Mattei), le difese delle parti appellate hanno anzitutto precisato che i ricorsi proposti in primo grado contro detta previsione sono stati definitivamente respinti dal Consiglio di Stato IV Sezione con sentenza n.1884 del 9 luglio 2009 con ciò confermando la legittimità dell'iter procedimentale posto in essere dal Comune per tale localizzazione. Le stesse difese hanno poi chiarito che l'avvenuta modifica della localizzazione (disposta con la variante approvata dal Consiglio Comunale con la delibera n.17 del 31 marzo 2008) ha in realtà comportato soltanto la ripermetrazione (in diminuzione) dell'area effettivamente destinata ad essere occupata dalle strutture sanitarie con il conseguente stralcio di altre aree destinate allo stesso scopo in base ad una precedente delibera consiliare n.10 del 2003; il tutto, a dimostrazione del fatto che la prevista localizzazione del presidio ospedaliero in questione è comunque rimasta in Via Mattei e quindi sostanzialmente immutata.

Per quanto concerne la prevista localizzazione originaria del presidio ospedaliero di Pistoia (nell'area ex Campo di Volo), le difese delle parti appellate hanno anzitutto precisato che essa non è più "sub iudice" in quanto i vari ricorsi pendenti davanti al T.A.R. Toscana contro gli atti deliberativi anche di variante urbanistica concernenti la localizzazione di detto presidio sono stati definiti con dichiarazioni di rinuncia. Le stesse difese hanno altresì soggiunto che le varie problematiche (urbanistico-ambientali nonché di sicurezza e costruttive) riguardanti detta originaria localizzazione, dapprima ritenute superabili con una diversa localizzazione individuata nell'area dell'attuale Centro Annonario a mezzo della variante deliberata dal Consiglio comunale in data 17 maggio 2004, sono state poi riviste e riconsiderate dallo stesso Comune nel 2005 con l'avvio della procedura di cui all'art.21 e segg. della legge regionale n.1 del 2005 e con la successiva stipula di un accordo di programma tra le Amministrazioni interessate mirato a riconfermare la localizzazione originaria del presidio ospedaliero in questione nell'area dell'ex Campo di Volo. Tale accordo di programma, anch'esso oggetto di ricorsi proposti nel 2006 davanti al T.A.R. Toscana, risulta tuttora confermato a seguito del rigetto di tali ricorsi; il tutto, a dimostrazione del fatto che le Amministrazioni interessate intendono mantenere la localizzazione del presidio ospedaliero in questione nella predetta area originaria.

Per quanto concerne infine la localizzazione del nuovo ospedale di Lucca, prevista nel "Progetto ospedali" del 2003 in frazione San Filippo, su area destinata a verde agricolo e non oggetto di apposita variante urbanistica del relativo Piano strutturale almeno fino alle ultime delibere consiliari del Comune di Lucca n. 35 del 13 febbraio 2008 e n.108 del 25 settembre 2008, le difese delle parti appellate hanno precisato che detta previsione del 2003 ribadita poi negli accordi di programma del 2005 non può al momento considerarsi mutata: anzitutto perché le istanze cautelari proposte davanti al T.A.R. ed al Consiglio di Stato sui i ricorsi finora proposti dai proprietari dei terreni da espropriare contro le delibere di approvazione del progetto definitivo e di dichiarazione di pubblica utilità sono state negativamente valutate sotto il profilo del "fumus"; poi, perché lo stesso T.A.R. non solo ha respinto l'istanza cautelare ed anche rigettato nel merito (con sentenza n.453/2009) il ricorso proposto da detti proprietari contro l'accordo di programma del 2005 relativo alla localizzazione del presidio ospedaliero di Lucca; infine, perché la predetta delibera consiliare n.108/2008 è stata pure impugnata dalla Regione Toscana in quanto illegittimamente mirata a rimettere in discussione detta localizzazione (in frazione San Filippo) così prevista e ribadita dallo stesso Comune con la sottoscrizione di detto accordo di programma; il tutto, ripetesì, a dimostrazione che allo stato degli atti anche la localizzazione dell'ospedale di Lucca, così come prevista nel progetto originario e confermata negli accordi di programma del 2005, non poteva considerarsi definitivamente mutata già prima dell'aggiudicazione definitiva e che quindi neppure sotto tale profilo la sentenza di primo grado meritava di essere legittimamente censurata laddove ribadiva (anche per il Comune di Lucca) che la variante da apportare al predetto Piano strutturale rappresenta comunque un fatto esterno alla procedura oggetto della presente controversia eventualmente rilevante solo sulla fase esecutiva della medesima.

7.3) Infondati oltre che inammissibili per carenza di interesse sono infine le numerose censure di violazione di legge e di eccesso di potere riguardanti sia l'asserita sostanziale e macroscopica differenza del progetto e del piano economico e finanziario del promotore "Astaldi" approvati nel 2005 e posti a base di gara rispetto a quelli dichiarati di pubblico interesse nel 2003, sia l'avvenuto aggiornamento del costo di costruzione dei nuovi ospedali.

7.3.1) L'inammissibilità è da riferire ai profili di doglianza con i quali viene ancora una volta censurata l'originaria decisione del S.I.O.R. del 2003 in ordine alle modalità di valutazione della proposta del promotore "Astaldi", all'epoca ritenuta fattibile e di pubblico interesse rispetto all'altra proposta formulata dal Consorzio attualmente appellante. In ordine a tali profili di doglianza non è configurabile un

interesse giuridico meritevole di tutela perché la citata sentenza di questa Sezione n.6287 del 2005 ha definitivamente stabilito che la proposta progettuale all'epoca presentata dal Consorzio appellante doveva ritenersi non ammissibile e come tale non comparabile con quella dell'altro concorrente "Astaldi".

7.3.2) L'infondatezza è da riferire a tutti gli altri profili di doglianza relativi alle asserite pesanti modifiche apportate nel 2005 (in senso peggiorativo per l'Amministrazione) al progetto ed al piano economico finanziario (nuovamente asseverato nel 2005) e posti a base di gara rispetto a quelli dichiarati di pubblico interesse nel 2003.

A) Per quanto attiene alle modifiche progettuali (riferite all'ampliamento delle superfici abitative e delle superfici a verde nonché al decremento delle superfici destinate a parcheggio nonché alle modifiche delle dotazioni interne dei presidi,delle tecnologie usate per le pareti interne,alla diversa soluzione architettonica dei prospetti ed alle modifiche delle caratteristiche tecniche per ottenere l'accreditamento),è da ritenere anzitutto - come pure correttamente è stato precisato nella sentenza appellata - che le stesse modifiche ben potevano essere concordate con il promotore ed apportate su richiesta dell'Amministrazione ai sensi dell'art.37 quater della legge 109/1994 allo scopo (ben s'intende) di rendere la proposta del promotore medesimo funzionalmente più aderente alle pubbliche esigenze da soddisfare al meglio nel caso concreto.

E' ragionevole poi ritenere che l'esigua entità (pari al 7/8 per cento) delle modifiche ampliative delle superfici abitative non sia radicalmente stravolgente rispetto al progetto originario,né che tale stravolgimento sostanziale derivi dalle altre non meglio precisate e quantificate modifiche delle dotazioni interne dei presidi e delle tecnologie usate per la realizzazione delle pareti interne ovvero dalle variazioni architettoniche dei prospetti e dalla modifiche delle caratteristiche tecniche per ottenere l'accreditamento.Nè un siffatto stravolgimento sostanziale sembra potesse riguardare le asserite consistenti variazioni delle superfici da destinare a verde ed a parcheggi. In proposito,infatti,la difesa della Regione e della società SA.T (rispettivamente nella memoria in data 19 febbraio 2010 pagg.58 e 59 e nella memoria in data 24 febbraio 2010 pagg.31 e 32) hanno precisato - senza alcuna smentita da parte dell'appellante -che in realtà nessuna variazione è stata apportata (in aumento o in diminuzione del verde pubblico e dei parcheggi): ciò,perché le discrepanze formali riscontrate tra le planimetrie e la relazione al progetto sono state poi eliminate dal S.I.O.R. in sede di approvazione definitiva del progetto medesimo tenendo conto della situazione reale descritta dalla relazione.

B) Per quanto attiene infine al piano economico-finanziario approvato nel 2005, la difesa dell'appellante sottolinea, con serrata analisi, tutte le radicali e stravolgenti modifiche intervenute al riguardo rispetto alla proposta dichiarata di pubblico interesse nel 2003;il tutto,per ribadire con fermezza che l'Amministrazione doveva in questo caso non colmare(senza neppure una adeguata istruttoria) le vistose anomalie anche finanziarie della proposta del promotore "Astaldi" ma dichiarare la proposta stessa inammissibile e non di pubblico interesse fin dall'origine.

In buona sostanza, come pure risulterebbe dall'invocato parere dell'advisor dell'Amministrazione regionale (dott.ssa Gemignani), il piano economico finanziario approvato nel 2005 e posto poi a base di gara sarebbe del tutto nuovo,tant'è che esso venne sottoposto ad una nuova asseverazione,a seguito delle rilevanti variazioni in aumento del costo complessivo dell'investimento e del contributo pubblico posto a carico delle Amministrazioni nonché delle variazioni del corrispettivo dei servizi ,dei ricavi commerciali, dei capitoli prestazionali,della misura dell'indebitamento bancario del promotore,del costo dei terreni da espropriare,dei canoni gestionali, del costo delle forniture ed anche a seguito di una serie di opere aggiuntive poste a carico dell'Amministrazioni con tutto vantaggio del promotore.

Ad avviso dell'appellante, quindi,la sentenza di primo grado avrebbe non solo illegittimamente minimizzato tali variazioni, limitandosi a riscontrare soltanto un aumento di 31 milioni di euro nel corso di due anni (2003-2005), ma altrettanto illegittimamente avrebbe giustificato l'avvenuto adeguamento del costo di costruzione (effettuato in violazione del vigente divieto di aggiornamento dei prezzi in sede di offerta) con riferimento al corrispondente aumento percentuale del costo di costruzione nel frattempo verificatosi a causa della durata del contenzioso promosso dallo stesso attuale appellante nei predetti due anni.

Neppure tali argomentazioni difensive, analiticamente riferite agli intervenuti mutamenti del piano economico-finanziario presentato nel 2003, possono in questo caso consentire l'accoglimento del gravame. Anzitutto, non può assolutamente trascurarsi al riguardo che detti mutamenti trovano di norma piena giustificazione proprio nella logica della collaborazione che deve esistere (in funzione della migliore tutela del pubblico interesse) tra promotore ed Amministrazione e che per legge ispira tutta la fase preliminare di scelta e di approvazione della proposta di project financing da sottoporre poi a pubblica gara.

In base a tale logica,essendo il piano economico finanziario un dato centrale della proposta del promotore (già in precedenza vagliata siccome ammissibile e di pubblico interesse),è del tutto ragionevole ritenere che il piano medesimo (prima dell'approvazione del progetto preliminare) debba subire necessari correttivi ed altrettanto necessarie asseverazioni successive, in correlazione alle modifiche tecniche del progetto che nella stessa prima fase possono essere richieste dall'Amministrazione e concordate con il promotore (in senso migliorativo e/o correttivo della proposta) sempre però in funzione di una ottimale

tutela del pubblico interesse.

Ciò significa,quindi,che in via di principio tali modifiche tecniche e conseguentemente finanziarie della proposta originaria, concordate ed approvate dall'Amministrazione prima della procedura di gara, non debbono necessariamente intendersi né come lacune genetiche incolmabili della proposta medesima (già apprezzata siccome ammissibile e di pubblico interesse) né come insanabili vizi sopravvenuti totalmente invalidanti di tutta la procedura in questione.

E'ben evidente che le ben note regole generali di imparzialità e di trasparenza dell'attività della Pubblica Amministrazione impongono, anche in questa materia,l'individuazione di un limite oltre il quale dette modifiche concordate tra il promotore e l'Amministrazione aggiudicatrice non potrebbero comunque considerarsi legittime.

La difesa dell'appellante ha correttamente individuato tale limite precisando che dette modifiche seppure concordate non possono mai legittimare l'elaborazione ex post di una proposta tecnica ed economico-finanziaria del tutto nuova ovvero macroscopicamente alterata in termini qualitativi e/o quantitativi rispetto a quella originaria.

Nel caso in esame,però,questa Sezione ritiene che le modifiche apportate all'originario progetto e conseguentemente al piano economico finanziario della "Astaldi" così come approvato nel 2005 non possono considerarsi illegittime perché esse non contengono elementi di assoluta novità né comportano una macroscopica alterazione qualitativa e/o quantitativa della proposta originaria approvata nel 2003.

Invero, con specifico riferimento al piano economico finanziario approvato nel 2005,è da rilevare anzitutto che- a fronte dell'aumento di valore del costo complessivo dell'investimento risultante dall'asseverazione del 2005- per i lavori da eseguire il bando di gara ha indicato come base di partenza lo stesso importo previsto nella proposta del 2003.E' vero che detto incremento di costo risultante dalla asseverazione del 2005 è stato giustificato dall'Amministrazione solo parzialmente (per un importo pari a 31 milioni di euro,riferito all'avvenuto incremento percentuale del costo di costruzione che l'appellante ritiene fra l'altro illegittimamente applicato nel caso di specie).E' altrettanto vero,però,che in base ai conteggi effettuati dalla stessa Amministrazione tale incremento di costo dell'investimento non comportava in definitiva un rilevante onere finanziario aggiuntivo a carico della medesima.

Infatti,come pure è stato precisato da tutte le parti appellate, l'incremento effettivo del contributo pubblico posto a carico dell'Amministrazione per effetto del predetto incremento dell'importo dei lavori così come previsto nel 2003 risulta essere di circa 22 milioni di euro,giustificato comunque dal predetto aumento del costo di costruzione.L'appellante contesta tale cifra affermando che,in base all'asseverazione del 2005,l'incremento del costo di investimento sarebbe quantificabile nella misura di 89 milioni di euro.Quest'ultima quantificazione, ricavata dalla comparazione delle stime asseverative del piano della proposta "Astaldi" del 2003 rispetto a quello del 2005,,non può tuttavia assumersi siccome prova inconfutabile dell'effettivo incremento del costo dell'investimento,a fronte del fatto (incontestato anche in questa sede) che l'importo dei lavori così come stimato nella proposta del 2003 è stato identicamente riproposto nel bando di gara del 2005;bando al quale l'attuale appellante ha pure partecipato conseguendo poi il primo posto nella successiva graduatoria di gara e non ottenendo invece l'aggiudicazione definitiva della concessione proprio per effetto dell'avvenuto esercizio del diritto di prelazione dal parte del promotore "Astaldi".

L'appellante censura anche la legittimità di detto aumento riferito al costo di costruzione e segnala al riguardo l'avvenuta abrogazione nel 1999 della norma di cui all'art.8 della legge n.741 del 10 dicembre 1981 che consentiva liberamente l'aggiornamento dei prezzi di progetto prima dell'espletamento delle gare in materia di esecuzione di opere pubbliche.

Trascura,però,lo stesso appellante che l'invocata disciplina di legge così come attualmente vigente non può considerarsi direttamente ovvero analogicamente applicabile nella specifica materia concernente la procedura pubblica di project financing.Infatti,a conclusione di tale speciale procedura, non viene semplicemente aggiudicato un contratto di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici bensì una concessione- contratto per l'esecuzione non solo di lavori pubblici ma anche per la prestazione di un'ampia gamma di servizi complementari e/o collaterali.

Nell'ambito dello svolgimento di quest'ultimo complesso rapporto contrattuale l'Amministrazione aggiudicatrice deve per legge adoperarsi (fin dal momento della stipula del contratto ed anche dopo) di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario (art.19,co.2 e 2 bis della legge 1009/1994).Sicchè,è corretto ritenere che detto obbligo di legge, previsto in corso di esecuzione del contratto, possa essere adempiuto anche prima nella fase propedeutica all'indizione della gara per la scelta del concessionario,al fine di aggiornare i valori economici della originaria proposta del promotore a quelli riscontrabili al momento di avvio della gara in questo caso ritardata (per oltre due anni) proprio a seguito dei ricorsi proposti, fra gli altri, anche dall'attuale appellante.

C) Parimenti infondate risultano infine le ulteriori doglianze riferite alle modifiche intervenute nel 2005 rispetto al 2003 in ordine al corrispettivo dei servizi,ai ricavi commerciali,ai capitolati prestazionali,all'indebitamento bancario dell'Astaldi",al costo dei terreni da espropriare,ai canoni

gestionali ed al costo delle forniture nonché al canone di esercizio per l'anno 2011, alle nuove opere aggiuntive poste a carico dell'Amministrazione.

Al riguardo, in aggiunta a quanto sopra detto in generale a proposito della logica collaborativa che comunque legittima la possibilità di modificare (sempre in funzione del pubblico interesse) la proposta originaria pur nel rispetto di precisi limiti, è da rilevare che nelle memorie delle parti appellate è stato puntualmente e correttamente precisato, senza smentita ex adverso: a) che il corrispettivo dei servizi è stato ridotto con evidente vantaggio per l'Amministrazione; b) che i ricavi commerciali, previsti in aumento, non incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario; c) che le modifiche apportate ai capitolati prestazionali sono state richieste dalle singole aziende sanitarie e non hanno comportato aggravii di costi per l'Amministrazione; d) che l'aumento dell'indebitamento bancario è rimasto a carico del concessionario; e) che non risultano modifiche sostanziali dei canoni gestionali, del costo delle forniture e del canone di esercizio, tali da incidere sull'equilibrio del piano economico finanziario del promotore; f) che il costo di acquisizione delle aree è sempre stato a carico dell'Amministrazione la quale, all'uopo, provvedendo direttamente ai relativi incombeni utilizzerà la quota di contributo pubblico a ciò destinata; g) che le opere aggiuntive, previste dall'accordo di programma del 18 novembre del 2005, sono state poste a carico dell'Amministrazione e non del promotore, in quanto riferite ad una zona più ampia rispetto a quella destinata a funzioni sanitarie ed in quanto riferite ad opere organiche e strutturali riguardanti l'intera collettività locale (trattasi di opere mirate alla tutela del clima acustico, della falda acquifera e dei pozzi ad uso idropotabile esistenti in detta più ampia zona).

8.) Per tutte le suesposte ragioni, il ricorso in appello merita di essere respinto con la conseguenziale pronuncia di condanna del Consorzio appellante al pagamento delle spese di lite della presente fase del giudizio in favore delle parti costituite e resistenti nella misura complessiva e con il riparto indicati nel dispositivo; il tutto con l'aggiunta degli accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale V Sez, definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso in epigrafe in parte inammissibile e per tutto il resto lo respinge come da motivazione.

Condanna il Consorzio appellante al pagamento delle spese di lite della presente fase del giudizio nella misura complessiva di 15 mila euro da dividere in misura uguale tra le parti costituite e resistenti; il tutto, con l'aggiunta degli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Annibale Ferrari, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010



Disattiva sessione