

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3752/09 REG.DEC.

N. 3647 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3647/2008 proposto da ING. DE NUZZO & C. COSTRUZIONI SRL, in persona del suo legale rappresentante ing. Sergio De Nuzzo, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto in virtù di mandato margine del ricorso in appello, ed elettivamente domiciliato in Roma alla via Cosseria n. 2 presso Alfredo Placidi;

e dal

COMUNE di LECCE, appellato ed appellante incidentale autonomo – in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dall'Avv. Alberto Zito, giusta delibera n. 223 del 28 aprile 2008 e procura a margine dell'appello incidentale autonomo e domiciliato elettivamente presso il suo studio in Roma al viale del Vignola n. 11;

contro

la Società SGM spa, la società IGECO Costruzioni spa, la società FRATELLI BERTANI spa tutte rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini, dal prof. Michele Carducci e Tommaso Millefiori come da procura a margine dell'atto di costituzione ed elettivamente domiciliati in Roma, presso lo studio del primo via

G. Percalli n. 13 – appellate;

e nei confronti di

Arch. GIANNI FRANZIA, rappresentato e difeso dal prof. Ernesto Sticchi Damiani, come da procura a margine dell'atto di costituzione ed elettivamente domiciliato, in Roma, presso lo studio BDL, via Balla di Leone n. 78;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sezione I di Lecce n. 563 del 2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 17 febbraio 2009 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi gli avv.ti Quinto, Zito, De Portu per delega di Cancrini, Mille Fiori; Pappalepore per delega di Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con sentenza del 23 gennaio 2008 n. 563 /2008 il Tar per la Puglia Sezione I di Lecce ha accolto il ricorso n. 877/2007 proposto dalla SGM spa in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo istituendo con le imprese IGECO Costruzioni spa e F.lli BERTANI spa .

La sentenza impugnata annulla la delibera 3 aprile 2007 n. 178 con la quale la Giunta Municipale del Comune di Lecce, valutando le proposte pervenute nella procedura di project financing indetta con delibera di C.C. del 6 maggio 2005 n. 17 ha individuato il promotore nell'odierna appellante De NUZZO & C. Costruzioni, nonché ogni atto presupposto, connesso o comunque collegato ed, in particolare la relazione conclusiva sulle proposte redatta dai responsabili del procedimento e dell'istruttoria e dell'eventuale bando di gara per la procedura pubblica ex art. 155 del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'azione risarcitoria proposta conseguenzialmente all'azione di annullamento è stata rigettata avendo il Tar considerato l'annullamento totalmente soddisfacente dell'interesse dei ricorrenti.

Avverso detta sentenza hanno proposto appello principale ed incidentale, rispettivamente, l'impresa De NUZZO ed il COMUNE di LECCE.

Si sono costituiti l'originario ricorrente e l'arch. DI FRANCIA, interventore ad opponendum nel giudizio di primo grado.

DIRITTO

Gli appelli sono fondati.

In primo luogo va rilevato che sul piano logico si appalesa prioritario l'esame delle censure proposte con il ricorso incidentale in primo grado dalla De NUZZO e riproposte con

l'appello principale.

Con il ricorso incidentale , fra l'altro, è stata contestata la partecipazione del raggruppamento guidato da SGM essendo questa società mista con capitale pubblico prevalente e con il COMUNE di LECCE socio di maggioranza.

La scelta del Comune risultante dall'avviso pubblico di sollecitazione del 14 giugno 2005 prevedeva l'ammissione alla procedura solo dei progetti che rispettassero il parametro "Finanziamento a carico del Comune: Euro zero".

Si contesta che il parametro in questione non sarebbe stato rispettato in particolare perché nel piano economico finanziario presentato da SGM si prevedeva una realizzazione dell'intervento anche con mezzi propri per euro 5.000.000 ed un autofinanziamento per 2.925.000.

Il COMUNE di LECCE, quindi, quale socio di maggioranza di SGM, parteciperebbe alla realizzazione dell'intervento pur avendo avviato l'intero procedimento per non essere gravato in alcun modo degli oneri economico finanziari connessi alla realizzazione del progetto (un parcheggio).

Sul punto manca in sentenza una specifica motivazione e, nel giudizio di appello, non si rinvengono specifiche controdeduzioni delle società appellate.

Ritiene la Sezione – senza volere affrontare le ulteriori questioni – di carattere generale e da ritenersi assorbite –relative all'esistenza di un conflitto di interessi fra comuni che fungano

da stazioni appaltanti e società miste che partecipino alle gare indette dai comuni medesimi o all'applicabilità della legge Bersani (art. 13 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 conv. In l. 4 agosto 2006 n. 248) alle società di servizi pubblici locali che, come nella specie, si preparino a svolgere attività *latu sensu* strumentali all'ente che le partecipa perché relative alla realizzazione di un'opera pubblica – che il motivo sia fondato.

E' evidente infatti che, anche a voler ammettere in via generale tale possibilità di partecipazione in assenza di una espressa e precisa disciplina che vieti tale opportunità, essa tuttavia non può ammettersi nel caso in cui la *lex specialis*, con preciso atto di autovincolo, abbia escluso ogni forma di concorso finanziario dell'ente locale alla realizzazione dell'opera messa a gara in project financing (come è nel caso di specie in forza della clausola prima ricordata, menzionata anche dal giudice di primo grado, ma non adeguatamente apprezzata nella sua portata preclusiva).

In tale specifico caso la partecipazione alla gara di una società mista rischia di compromettere proprio il fine perseguito dall'ente con la scelta della finanza di progetto assistita dalla clausola a costo zero per la stazione appaltante ossia realizzare l'opera pubblica senza alcun onere finanziario diretto od indiretto.

E' evidente che nel prosieguo dell'azione amministrativa, in caso di individuazione di SGM quale promotore, impegnato finanziariamente anche con risorse proprie, il COMUNE di

LECCE (che riveste due ruoli nella presente procedura in forza della ammissione della società mista alla procedura selettiva; stazione appaltante e socio di maggioranza della società mista partecipante alla procedura) sarebbe, quale socio di maggioranza, certamente, per quanto indirettamente, gravato di oneri finanziari che non devono a tenore della *lex specialis* coinvolgere in alcun modo l'ente locale (in quanto costretto ad apportare capitale come socio o come finanziatore).

Né può dirsi che la clausola facendo menzione del finanziamento inibisca solo la concessione di mutui essendo evidente che lo scopo sostanziale della prescrizione è quello di evitare che il COMUNE sia gravato di qualsiasi onere finanziario, assunto per qualsivoglia titolo giuridico, per la realizzazione dell'opera messa a gara (altrimenti consentendosi facili elusioni della prescrizione).

L'accoglimento della censura ha carattere assorbente che conduce all'annullamento della sentenza, all'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla controinteressata ed alla dichiarazione della carenza di legittimazione a ricorrere della costituenda ATI SGM che avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

Analogo illegittimo coinvolgimento finanziario, con effetti distorsivi, si rinviene a giudizio del Collegio nell'art. 4 della bozza di convenzione proposta da SGM, che recita: "L'amministrazione concedente, per assicurare al concessionario

il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità di servizio da prestare, concederà a titolo di prezzo di cui all'art. 19 comma 2 della legge il diritto di superficie sull'intera area e sulle strutture da edificare. In alternativa od anche in aggiunta potrà concedere ai sensi dell'art. 207 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali fideiussione per l'assunzione del mutuo necessario a garantire la copertura dei fabbisogni finanziari nella misura indicata nel piano economico finanziario.”

Al di là della questione relativa al carattere facoltativo o vincolato della concessione della garanzia fideiussoria, è evidente che la sola previsione di tale possibilità prefigura uno scenario di possibile contenzioso fra il COMUNE e la società mista nell'ipotesi di mancato rilascio della garanzia non in linea con il tenore della lex specialis volta ad escludere ogni forma di coinvolgimento per il COMUNE che si traduca in un (anche solo potenziale) onere finanziario.

Va altresì apprezzato il carattere disparitario di tale evenienza (eventuale concessione della fideiussione ex art. 207 t.u. enti locali) praticabile ex lege solo dalla società mista (e dalle altre aziende dipendenti del comune e citate nella norma) e non dagli altri partecipanti alla gara.

Nel merito inoltre, gli appelli – principale della De NUZZO ed incidentale autonomo proposto dal COMUNE di LECCE, sono fondati.

Non può ritenersi infatti che la De NUZZO avrebbe dovuto essere esclusa per non aver presentato un progetto conforme allo strumento urbanistico vigente.

La *lex specialis* prevedeva testualmente: “la proposta può associare interventi conformi o compatibili alle previsioni dettate dalla norme urbanistiche in vigore”.

Il Tar, a giudizio del Collegio, ha dato un’interpretatio abrogans all’inciso “o compatibili” ritenendo che la compatibilità urbanistica fosse esclusa dalla presentazione di un progetto che fosse approvabile solo dopo l’adozione di una variante o che non fosse conforme, per qualche parte a precise prescrizioni della strumentazione urbanistica vigente.

La *lex specialis* va, in questo caso, interpretata secondo la natura dell’istituto del project financing quale risultante dai più recenti insegnamenti della giurisprudenza amministrativa anche di questa Sezione (ci si riferisce a CdS Sez. V 10 novembre 2005 n. 6287 e Sez. V 20 maggio 2008 n. 2355) a tenore dei quali, il project financing ha la finalità di acquisire un contributo di idee dei privati che l’amministrazione può utilizzare per completare le sue scelte programmatiche e, nel project financing, la valutazione di fattibilità di una proposta alla luce del pubblico interesse può ben precedere la valutazione comparativa fra i diversi aspiranti al ruolo di promotore e tenersi distinta da essa.

Ed allora, alla luce di tali finalità dell’istituto, risulta evidente che l’avviso ha prospettato una alternativa logica: la

proposta progettuale potendo essere conforme o compatibile e prevedendo altresì che “secondo quanto prescritto dal citato art. 37 ter la valutazione riguarderà la fattibilità delle proposte presentate” (e proposte fattibili sono anche quelle non conformi ma compatibili).

Va altresì considerata l'espressa previsione contenuta nell'avviso secondo la quale il “Comune si riserva di adottare eventuali varianti agli strumenti urbanistici vigenti” inserita nella parte finale dell'avviso relativa alle precisazioni ed avente indubbia portata generale.

La proposta urbanisticamente compatibile non è necessariamente urbanisticamente conforme se si vuole che il project produca quell'effetto di arricchimento di conoscenza progettuale che è ad esso consustanziale rivelando la flessibilità che gli è propria: indi la proposta compatibile è valutata complessivamente per la coerenza con lo strumento urbanistico esistente nel *giudizio di fattibilità* che connota tipicamente l'istituto in esame ai sensi dell'art. 37 ter della legge n. 10/1994 e succ. mod. (e che nel caso di proposta compatibile soppeserà la convenienza dell'operazione anche alla luce dell'eventuale necessità di una variante al PRG).

E' stato rilevato che nel project financing i privati assumono un ruolo propulsore dell'operazione globalmente considerata; essi dovranno fare ricorso non soltanto al capitale , ma anche alle proprie capacità di ideazione e progettazione in

coerenza con la programmazione triennale delle opere pubbliche.

L'art. 37 quater della legge n. 109/1994 e succ. modifiche richiamando l'art.14 comma 8 della stessa legge rende inoltre possibile l'adozione di varianti agli strumenti urbanistici da adottarsi prima di svolgere la gara per la concessione (questa norma è richiamata nell'avviso sicché è senza dubbio – ed è incontestato – applicabile alla fattispecie).

Può quindi affermarsi che è la programmazione triennale la condicio sine qua non dell'avvio della procedura e ciò anche ai sensi del sopravvenuto art. 153 del codice degli appalti (d.lgs. n. 163 del 2006) che, solo in assenza di un atto di programmazione triennale (ma nella specie essa è presente) subordina il progetto al rispetto degli strumenti urbanistici vigenti (per elementare cautela).

L'intervento progettato riguarda la realizzazione di un parcheggio ed altresì un'attività di recupero urbano e di ricomposizione urbanistica che deve considerarsi attuabile al meglio ove l'amministrazione si riconosca la possibilità di flessibilizzare in modo idoneo la propria azione (nell'ovvio ed imprescindibile rispetto del canone normativo) all'occorrenza rivedendo i propri strumenti urbanistici per accogliere proposte dei privati che siano meglio in grado di perseguire il pubblico interesse.

Di qui l'interpretazione dell'inciso “o compatibili” nel senso ritenuto.

Va peraltro rilevato che, nella specie, la legge della

Regione Puglia n. 13 del 2001 ammette per le aree con destinazione a servizi pubblici – la potestà di approvare progetti non conformi alle specifiche destinazioni di piano con espressa esenzione dall'obbligo di ricorrere alla variante urbanistica.

Ne consegue la fondatezza dell'appello principale proposto dalla De NUZZO e dell'analogo appello incidentale autonomo proposto dal COMUNE di LECCE.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie gli appelli, principale ed incidentale, per le causali di cui in parte motiva e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma, il 17 febbraio 2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sez.V-, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Claudio Saltelli	Consigliere
Giancarlo Montedoro	Consigliere est.

L'ESTENSORE

f.to Giancarlo Montedoro

IL PRESIDENTE

f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 12/06/2009

(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale