

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania

Seconda Sezione di Napoli

nelle persone dei Signori:

Dott. Antonio Onorato	Presidente
Dott. Andrea Pannone	Componente
Dott. Roberto Caponigro	Componente, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 4998 del 2004, proposto da

Magri Costruzioni S.a.s.

in persona dell'Amministratore delegato *pro tempore*, rappresentata e difesa

dagli Avv.ti Felice Laudadio e Ferdinando Scotto con i quali elettivamente

domicilia in Napoli, Via F. Caracciolo n. 15

contro

Comune di Caivano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'Avv. Antonio Parisi con il quale elettivamente domicilia in Napoli, Via Tino di

Caimano n. 6 (c/o studio legale Violante)

per l'annullamento

della delibera di Giunta Municipale n. 32 del 27.1.2004, affissa all'albo pretorio

in data 6.2.2004, notificata in data 10.2.2004, con la quale il Comune di Caivano

rigettava la proposta di project financing ex art. 37 bis L. 109/1994, riguardante

l'ampliamento, ristrutturazione, manutenzione, gestione funzionale ed economica

del Cimitero Comunale e degli atti ivi richiamati, mai comunicati e/o notificati e comunque legati da relazione di presupposizione con il provvedimento impugnato; se ed in quanto presupposto alla delibera di G.M. n. 32 del 2004: della delibera di Giunta Municipale di adozione del programma triennale OO.PP. n. 459 del 30.9.2003, per gli anni 2004-2006, con la quale il Comune ricomprendeva le suddette opere tra quelle possibili all'interno del perimetro dell'attuale Cimitero di Caivano; di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 4 novembre 2004, relatore il dott. Roberto

Caponigro, gli avvocati come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

Con l'impugnata deliberazione della Giunta Municipale n. 32 del 27.1.2004, il Comune di Caivano ha preso atto dell'allegata relazione istruttoria e proposta di deliberazione prot. n. 984/LL.PP. del 25.11.2003 e, per l'effetto, ha rigettato, in forza delle motivazioni espresse nella citata relazione, la proposta di project financing ex art. 37 bis L. 109/1994, avanzata dalla ricorrente Magri Costruzioni S.a.s., riguardante l'ampliamento, ristrutturazione, manutenzione, gestione funzionale ed economica del Cimitero comunale.

Il provvedimento e' stato adottato considerato che:

con relazione prot. n. 984/LL.PP. del 25.11.2003, il responsabile unico del procedimento, unitamente al consulente legale incaricato con precedente deliberazione di G.C. n. 478 del 16.10.2003, a seguito dell'istruttoria svolta, hanno concluso per il rigetto della proposta pervenuta, in ragione delle considerazioni ivi esposte, da intendersi di seguito integralmente trascritte e riportate;

con la suddetta relazione, si e', inoltre, puntualmente controdedotto alle osservazioni formulate dall'impresa proponente, evidenziando profili di incoerenza ed inopportunita' del progetto – in relazione alla sua fattibilita', ai tempi di realizzazione, all'iter procedimentale da seguire, anche con riferimento alle contrastanti esigenze evidenziate con il piano regolatore cimiteriali approvato, nonche' alla completezza ed alla sostenibilita' del piano economico finanziario – si' da ritenere la sussistenza di ragioni ostative alla sua procedibilita' nel merito; e' stato altresì evidenziato che il progetto presentato appare sproporzionato rispetto al fabbisogno stimato dall'amministrazione con precedenti indagini ricognitive ed alla spesa prevista in precedenza per l'edificazione di loculi cimiteriali, non corrispondendo agli indirizzi formulati dall'Ente; in sede di programmazione triennale dei lavori pubblici ex art. 14, co. 2, L. 109/1994 s.m.i. non e' espressamente contemplato l'ampliamento dell'attuale perimetro del cimitero, bensì la costruzione di nuovi loculi all'interno dell'attuale area cimiteriale mediante apporto di capitale privato, prevedendo, altresì, forme di gestione dei servizi cimiteriali.

Avverso tale atto la Societa' ricorrente ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

1. Violazione art. 37 bis, co. 2 ter, L. 109/1994. Violazione art. 4 L. 241/1990.

Violazione del giusto procedimento di legge. Mancata comunicazione del responsabile del procedimento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione.

L'importanza delle funzioni affidate dalla legge al responsabile unico del procedimento ne renderebbe imprescindibile la presenza nelle procedure di valutazione della proposta formulata ex art. 37 bis L. 109/1994, mentre il Comune non avrebbe mai nominato e, quindi, comunicato al ricorrente il responsabile del procedimento violando la normativa e non garantendo il contraddittorio previsto dalla legge.

2. Violazione del giusto procedimento e assenza e/o simulazione del procedimento. Violazione art. 37 bis L. 109/1994. Violazione art. 14 L. 109/1994. Violazione art. 3 L. 241/1990. Inesistenza dei presupposti.

Eccesso di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione.

L'onere motivazionale di cui all'art. 3 L. 241/1990 sarebbe stato disatteso in quanto non potrebbe esaurirsi in un adempimento meramente formale ma dovrebbe comprendere l'indicazione dei presupposti giuridici e di fatto posti a base del provvedimento negativo.

Il legislatore avrebbe posto a carico dell'amministrazione un onere valutativo particolarmente complesso, mentre il Comune di Caivano non avrebbe compiuto una valutazione rapportata ai parametri indicati dall'art. 37 ter L. 109/1994.

La delibera impugnata sarebbe viziata anche per contrasto con il piano triennale, per violazione dell'autolimita tipico di ogni atto di programmazione pluriennale.

3. Violazione art. 37 bis L. 109/1994. Violazione art. 7 L. 241/1990. Eccesso di potere per omessa cura dell'interesse pubblico. Difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione del giusto procedimento.

Non sarebbe stata rispettata la norma di legge che impone di sentire i promotori che ne facciano richiesta. L'amministrazione, nella fase di contraddittorio prevista dalla legge, dovrebbe indicare le condizioni controverse ed eventualmente chiederne la modifica prima di respingere la proposta perché di non adeguato interesse pubblico. Le possibili variazioni idonee a realizzare un imparziale contemperamento dei contrapposti interessi dovrebbero essere esaminate in contraddittorio.

4. Violazione art. 37 bis L. 109/1994. Violazione art. 7 L. 241/1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione. Eccesso di potere per motivazione erronea e perplessa.

L'amministrazione sarebbe incorsa in un travisamento dei fatti, confondendo i criteri cui parametrare e valutare la proposta di progetto di finanza presentata dalla ricorrente.

In particolare, la ricorrente avrebbe predisposto l'iniziativa progettuale in relazione a quanto stabilito nella delibera di Giunta Municipale n. 427 del 15.10.2002, attuativa del programma triennale predisposto dal Comune per il triennio 2003-2005 in cui erano dichiarate di pubblico interesse le opere "Edificazione loculi – capitale privato", laddove la restrizione a base del rigetto della proposta sarebbe stata introdotta dalla delibera di G.M. n. 459 del 30.9.2003, successiva alla presentazione del progetto in data 30.6.2003.

In sostanza, il divieto introdotto ex post non sarebbe applicabile, ratione

temporis, alla soluzione progettuale formulata e non avrebbe potuto fondare l'impugnato diniego.

Non sussisterebbe la necessita' di sottoporre a vincoli nuove aree, ne' sarebbe stato indispensabile presentare il piano particellare di esproprio atteso anche che alla realizzazione del progetto non sarebbe essenziale l'acquisizione di nuove aree da sottoporre a procedure espropriative.

Neppure sarebbe stato necessario pervenire all'adozione di una variante allo strumento urbanistico vigente considerato il disposto di cui all'art. 28 L.

166/2002 che avrebbe previsto uno snellimento procedurale per consentire l'ampliamento dei cimiteri mediante la riduzione della fascia di rispetto e l'inesistenza di obblighi ablatori.

L'amministrazione comunale resistente, con ampia ed articolata memoria, ha analiticamente contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

Le parti hanno prodotto ulteriori memorie a sostegno e maggiore illustrazione delle rispettive difese. La Societa' ricorrente, tra l'altro, ha evidenziato che il Dirigente del Settore Lavori Pubblici, nella nota del 31.10.2003, si sarebbe autodichiarato responsabile del procedimento senza avere alcun titolo per effettuare tale nomina.

All'udienza pubblica del 4 novembre 2004, il ricorso e' stato trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. Il project financing e' un sistema di partecipazione del privato al finanziamento dell'opera pubblica o di pubblica utilita'.

L'attuazione dell'istituto determina una particolare ipotesi di affidamento di lavori in concessione ed e' attuabile di norma soltanto per la realizzazione di opere che producano reddito di per se' o in via indotta.

I proventi rivenienti dall'utilizzazione dell'opera e le ulteriori entrate eventualmente previste a vario titolo nonche' le utilita' economiche indotte, infatti, devono essere tali da soddisfare nel tempo gli investimenti effettuati.

Gli artt. 37 *bis* e ss. L. 109/1994, introdotti dall'art. 11, co. 1, L. 415/1998, disciplinano analiticamente l'istituto.

Le norme prevedono che tale specie di concessione puo' concernere le sole opere inserite nel documento di programmazione di cui all'art. 14 L. 109/1994 ovvero negli eventuali altri strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

La disciplina della programmazione dei lavori pubblici e' contenuta nell'art. 14 della L. 109/1994, il cui primo comma indica che l'attivita' di realizzazione dei lavori di singolo importo superiore a €100.000,00 si svolge sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che i soggetti di cui all'art. 2, co. 2, lett. a (amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, enti pubblici, compresi quelli economici, enti ed amministrazioni locali, loro associazioni e consorzi nonche' altri organismi di diritto pubblico), predispongono ed approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, gia' previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso.

Il programma triennale, ai sensi del secondo comma, costituisce momento attuativo di studi di fattibilita' e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che i soggetti di cui al precedente comma predispongono nell'esercizio

delle loro autonome competenze e, quando esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, in conformita' agli obiettivi assunti come prioritari. Gli studi individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicando le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilita' ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici individuano con prioritari i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica. Lo schema di programma triennale e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede dei soggetti di cui all'art. 2, co. 2, lett. a), per almeno sessanta giorni consecutivi.

Il programma triennale, ai sensi del comma 3, deve prevedere un ordine di prioritari. Nell'ambito di tale ordine sono da ritenere comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori gia' iniziati, i progetti esecutivi approvati nonche' gli interventi per i quali ricorra la possibilita' di finanziamento con capitale privato maggioritario.

Il Collegio osserva che il principio di programmazione dei lavori pubblici e' finalizzato a rendere concreti in tale delicata materia i principi di legalita', imparzialita' e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., responsabilizzando l'attivita' delle singole pubbliche amministrazioni ed evitando che, in assenza di un quadro di riferimento, le decisioni circa l'effettuazione dei lavori possano essere assunte al di fuori di reali esigenze pubbliche.



L'atto di programmazione triennale, quale atto di pianificazione e di indirizzo, implica una scelta di ampia discrezionalità dell'amministrazione e rientra nella competenza degli organi collegiali di governo dell'Ente.

L'art. 37 bis della L. 109/1994 stabilisce che i soggetti di cui al comma 2, denominati promotori, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, co. 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'art. 19 co. 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi. Le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno, oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre. I soggetti pubblici e privati, inoltre, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14 della 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.

Il comma 2 bis prevede che, entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui al primo comma, le amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, pubblicando un avviso indicativo con le modalità di cui all'art. 80 del regolamento ex DPR 554/1999, mediante affissione presso la propria sede per almeno sessanta giorni consecutivi, nonché pubblicando lo stesso avviso, a decorrere dalla sua istituzione, sul sito

informatico individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 24 L. 340/2000 e, ove istituito, sul proprio sito informatico.

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento ed alla verifica della completezza dei documenti presentati nonché ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione (comma 2 ter).

L'art. 37 ter stabilisce poi che le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori di concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore e, ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione.

L'art. 37 quater stabilisce quindi che entro tre mesi da detta pronuncia, le amministrazioni aggiudicatrici, qualora tra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'art. 19, co. 2, procedono, per ogni proposta individuata: a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta

economicamente piu' vantaggiosa di cui all'art. 21, co. 2, lett. b), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonche' i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore, e' altresì consentita la procedura dell'appalto concorso; b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a), nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto. In detta procedura negoziata, peraltro, il promotore potra' adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione piu' conveniente e, in tal caso, risultera' aggiudicatario della concessione (art. 37 ter ultima parte).

Sulla base di tale scenario normativo, pertanto, occorre in primo luogo sottolineare che la presentazione della proposta (la sua valutazione e l'eventuale indizione della gara) necessita di una condizione indefettibile prevista dall'art. 37 bis L. 109/1994, e cioe' che essa sia relativa alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilita' inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, co. 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

L'inserimento dei lavori oggetto della proposta in un atto di programmazione previsto dalla legge, quindi, costituisce condizione di ammissibilita' della proposta stessa.

In sostanza, mentre in passato le determinazioni delle amministrazioni di procedere alla realizzazione di un'opera pubblica o, piu' in generale,

all'esecuzione di lavori non erano, di norma, subordinate all'esistenza di atti programmatori ma si basavano su valutazioni di necessita' e di opportunita' singolarmente considerate senza la preventiva fissazione di un disegno organico generale e ragionato delle esigenze esistenti, l'art. 14 L. 109/1994, come sostituito dall'art. 4, co. 1, L. 415/1998, ha stabilito il principio di assoggettamento dell'attivita' nel campo dei lavori pubblici a programmazione triennale con aggiornamenti annuali e ad elenchi annuali dei lavori da realizzare.

2. Nel caso di specie, il Comune di Caivano, con l'impugnata deliberazione di Giunta Municipale n. 32 del 27.1.2004, ha respinto la proposta di project financing ex art. 37 bis L. 109/1994 presentata dalla Societa' ricorrente per ampliamento, ristrutturazione, manutenzione, gestione funzionale ed economica del cimitero comunale.

Il diniego e' stato motivato con riferimento all'allegata relazione istruttoria e proposta di deliberazione n. 984/LL.PP. del 25.11.2003, che forma parte integrante e sostanziale dell'atto.

Detta relazione ha messo in evidenza che:

- in sede di programmazione triennale dei lavori pubblici ex art. 14, co. 2, L. 109/1994 s.m.i. non e' espressamente contemplato l'ampliamento dell'attuale perimetro del cimitero, bensì la costruzione di nuovi loculi all'interno dell'attuale area cimiteriale mediante apporto di capitale privato, prevedendo, altresì, forme di gestione dei servizi cimiteriali;
- il quadro di sintesi per categorie di opere accluso all'elenco annuale per l'anno 2003, infatti, prevede espressamente la "realizzazione edificazione cimiteriale – l'obiettivo e' quello di costruire nuovi loculi cimiteriali all'interno

- dell'attuale cimitero comunale" mediante l'apporto di capitale privato per un importo presuntivamente stimato di €1.800.000,00;
- i precedenti atti dell'amministrazione, comunque, hanno costantemente inteso limitare l'intervento all'interno del cimitero esistente (nota n. 1698 del 27.11.2002; nota n. 839/UTC del 27.6.2002; nota n. 4365 del 21.2.2002);
  - e' esclusa dallo strumento di programmazione formalmente approvato dall'amministrazione la possibilita' di ampliare l'attuale cimitero comunale come, d'altra parte, appare confermato dalla quantificazione stimata dell'intervento (€1.800.000,00) a fronte dell'entita' del progetto presentato, che supera gli €8.000.000,00;
  - e' evidente, quindi, la non corrispondenza dell'investimento proposto con le previsioni della programmazione triennale, trattandosi di un importo di gran lunga esorbitante rispetto alle esigenze preventivate e non proporzionato al fabbisogno presuntivo, tanto che, a seguito dell'istruttoria espletata nel 2002, la soluzione progettuale ipotizzata - tenuto conto dell'indice di mortalita' medio e dell'andamento demografico nonche' degli spazi liberi - prevedeva la realizzazione di circa 1586 loculi, per una superficie inferiore ai 5000 mq, mentre la proposta prevede la realizzazione di 4751 loculi, 52 cappelle gentilizie e 58 monumenti funerari, sicche' emerge con evidenza un profilo di non congruita' rispetto alla volonta' manifestata dall'Ente.

Pertanto, la relazione istruttoria ha ritenuto che una siffatta previsione di ampliamento del cimitero, non coincidente con gli strumenti programmatici, sotto il profilo qualitativo (ampliamento del perimetro) e quantitativo (entita' del progetto), pur astrattamente ammissibile per un principio di contenenza e di conservazione degli atti giuridici, e' soggetta ad una discrezionale valutazione

dell'amministrazione, che e' facultata ad emettere un provvedimento di motivato rigetto laddove non la ritenga conforme al pubblico interesse.

Sono state quindi esposte le seguenti considerazioni critiche che hanno fatto propendere per il rigetto:

- non e' messa sufficientemente in evidenza la necessita' di adottare una variante allo strumento urbanistico vigente per l'acquisizione delle aree occorrenti all'ampliamento dell'attuale perimetro del cimitero, ove ritenuto rispondente all'indirizzo politico-amministrativo dell'Ente, ai sensi del T.U. sull'espropriazione di cui al D.P.R. n. 327/2001; il che, ovviamente, assume una notevole rilevanza ai fini della fattibilita' dell'opera e dello svolgimento del necessario iter procedimentale, soprattutto con riguardo al profilo temporale. Non puo' condividersi, d'altro canto, l'assunto dell'impresa proponente laddove sostiene la non necessita' di approvare il progetto in variante allo strumento urbanistico, con conseguente deliberazione di Consiglio comunale, dal momento che la prospettata riduzione della fascia di rispetto cimiteriale, comportante il vincolo di inedificabilita' assoluta, implicherebbe comunque l'obbligo di mutare la destinazione urbanistica dell'area su cui si andra' ad edificare;
- l'acquisizione delle aree occorrenti, ricadenti in zona agricola E, infatti, presuppone l'approvazione del progetto preliminare da parte del Consiglio Comunale in variante al PRG ed il conseguente espletamento della procedura espropriativa ai sensi del D.P.R. 327/2001, con indubbio aggravio sotto il profilo temporale ai fini della fattibilita' dell'opera e, quindi, della sua rispondenza al pubblico interesse;

- per quanto concerne la gestione dei servizi cimiteriali, vengono inclusi nella proposta anche servizi e prestazioni (lampade votive, gestione illuminazione etc.) in relazione ai quali l'Ente ha stipulato, all'esito dell'espletamento di apposita gara, il relativo contratto di appalto, sicché, per l'intera durata dello stesso, la proposta concessione avrebbe dovuto tenere conto, anche in termini di subingresso, dei rapporti negoziali in corso di esecuzione fino alla loro scadenza convenzionale, con conseguente sfalsamento del piano economico-finanziario, i cui flussi di entrata verrebbero significativamente alterati;
- l'impresa proponente, sul punto, infondatamente sostiene di avere preso in considerazione, in sede di redazione degli elaborati finanziari, l'incidenza dei servizi affidati dal Comune a terzi, dal momento che sia gli artt. 12 e 14 della convenzione agli atti sia il piano economico finanziario, recante l'indicazione delle tariffe applicate all'utenza, contemplano le voci relative alla gestione del servizio di illuminazione votiva e manutenzione degli impianti elettrici, affidato, tuttavia, in appalto a terzi per nove anni, giusta contratto rep. n. 3219 del 17.6.2003;
- emerge la carenza degli elementi conoscitivi relativi alla situazione di fatto, sulla cui base è stato redatto il piano economico finanziario, con riflessi evidenti sulla sua congruità e sostenibilità ai fini dell'ammortamento degli ingenti costi di realizzazione dell'opera;
- l'ampliamento del perimetro cimiteriale comporta la ridefinizione della fascia di rispetto con la conseguenza, evidenziata dalla stessa ditta nella nota del 24.11.2003, che il Consiglio Comunale, ai sensi dell'art. 388 R.D. n. 1265/1943, come modificato dalla L. 166/2002, dovrà pronunciarsi in

merito alla riduzione dell'ampiezza della stessa, derogando all'attuale zona di 100 ml, il che certamente comporterebbe un ulteriore aggravio procedimentale, tale da riflettersi sull'intera scansione temporale dell'investimento;

- le carenze rilevate sono tali da far coerentemente concludere per il rigetto della proposta, non potendosi procedere ad integrazioni e modifiche tanto radicali, come ritenuto dall'orientamento espresso in subjecta materia dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui l'amministrazione ha il potere di valutare l'ammissibilità o meno del progetto, non quello di modificarne radicalmente l'impostazione o di sopperire d'ufficio alle carenze riscontrate, con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che la stessa amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispettivi introiti finanziari ovvero gli stessi non siano indicati specificamente, sono configurabili elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non può giudicarsi di pubblico interesse.

In definitiva, la relazione istruttoria ha concluso evidenziando che l'entità del progetto e la tempistica prevedibile rende inopportuna, anche rispetto alle scelte programmatiche effettuate, l'eventuale valutazione nel merito della proposta, sussistendo ragioni ostative tali da precludere l'accoglimento.

L'impugnata deliberazione di Giunta Municipale n. 32 del 27.1.2004, nel prendere atto della relazione istruttoria, ha respinto la proposta di project financing in forza delle motivazioni espresse nella relazione stessa considerato, in particolare, che:



con relazione prot. n. 984/LL.PP. del 25.11.2003, il responsabile unico del procedimento, unitamente al consulente legale incaricato con precedente deliberazione di G.C. n. 478 del 16.10.2003, a seguito dell'istruttoria svolta, hanno concluso per il rigetto della proposta pervenuta, in ragione delle considerazioni ivi esposte, da intendersi di seguito integralmente trascritte e riportate;

con la suddetta relazione, si e', inoltre, puntualmente controdedotto alle osservazioni formulate dall'impresa proponente, evidenziando profili di incoerenza ed inopportunita' del progetto – in relazione alla sua fattibilita', ai tempi di realizzazione, all'iter procedimentale da seguire, anche con riferimento alle contrastanti esigenze evidenziate con il piano regolatore cimiteriali approvato, nonche' alla completezza ed alla sostenibilita' del piano economico finanziario – si' da ritenere la sussistenza di ragioni ostative alla sua procedibilita' nel merito; e' stato altresì evidenziato che il progetto presentato appare sproporzionato rispetto al fabbisogno stimato dall'amministrazione con precedenti indagini ricognitive ed alla spesa prevista in precedenza per l'edificazione di loculi cimiteriali, non corrispondendo agli indirizzi formulati dall'Ente; in sede di programmazione triennale dei lavori pubblici ex art. 14, co. 2, L. 109/1994 s.m.i. non e' espressamente contemplato l'ampliamento dell'attuale perimetro del cimitero, bensì la costruzione di nuovi loculi all'interno dell'attuale area cimiteriale mediante apporto di capitale privato, prevedendo, altresì, forme di gestione dei servizi cimiteriali.

3. Con il primo motivo d'impugnativa, la Societa' ricorrente ha censurato la legittimita' dell'azione amministrativa evidenziando che l'importanza delle funzioni affidate dalla legge al responsabile unico del procedimento ne renderebbe

imprescindibile la presenza nelle procedure di valutazione della proposta formulata ex art. 37 bis L. 109/1994, mentre il Comune non avrebbe mai nominato e, quindi, comunicato al ricorrente detto responsabile, violando la normativa e non garantendo il contraddittorio previsto dalla legge.

La censura non e' divisibile.

L'art. 37 bis, co. 2 ter, della L. 109/1994 prevede che, entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e comunicazione del responsabile del procedimento ed alla verifica della completezza dei documenti presentati nonche' ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

Nella fattispecie in esame, con nota del 31.10.2003, il Comune di Caivano ha comunicato al promotore che il responsabile del procedimento era lo stesso Dirigente dell'Ufficio Tecnico Comunale, ing. D. A. Falco, sicche' la doglianza si rivela senz'altro non accoglibile.

Ne' puo' ritenersi che la fondatezza della censura derivi dal ritardo di tale comunicazione, atteso che il termine indicato dalla norma di legge e' evidentemente sollecitatorio.

D'altra parte, con la stessa comunicazione del 31.10.2003, il responsabile del procedimento, rilevato preliminarmente che in sede di programmazione triennale dei lavori pubblici ex art. 14, co. 2, L. 109/1994 non e' espressamente contemplato l'ampliamento dell'attuale perimetro del cimitero, ha ritenuto, attesa la complessita' degli adempimenti connessi alla realizzazione di un'opera di grossa valenza collettiva, di dover concordare ex art. 37 ter della L. 109/1994 un piu' lungo programma di esame e valutazione della proposta, orientativamente fissato

in sessanta giorni, prima che la proposta stessa fosse sottoposta al vaglio dei competenti organi dell'Ente.

La finalita' partecipativa cui e' rivolta la normativa de qua, inoltre, e' stata certamente realizzata in quanto attraverso le note del 21.11.2003 e del 5.11.2003 la ricorrente ha avuto modo di intervenire nel procedimento per esporre le proprie ragioni.

4. Parimenti infondato e' il secondo motivo d'impugnativa.

4.1 In primo luogo, la Magri Costruzioni S.a.s. ha dedotto che l'onere motivazionale di cui all'art. 3 L. 241/1990 sarebbe stato disatteso in quanto esso non potrebbe esaurirsi in un adempimento meramente formale ma dovrebbe comprendere l'indicazione dei presupposti giuridici e di fatto posti a base del provvedimento negativo.

Il Collegio osserva che l'obbligo di motivazione e' previsto in via generale dall'art. 3 della L. 241/1990, secondo cui ogni provvedimento amministrativo, ad eccezione degli atti normativi o a contenuto generale, deve essere motivato.

La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Nella fattispecie in esame, a differenza di quanto prospettato dalla ricorrente, l'atto impugnato si contraddistingue per la ricchezza e l'efficacia della esposizione delle cause, in fatto ed in diritto, per le quali la proposta di project financing non e' stata accolta.

Le ragioni essenziali del diniego, analiticamente articolate nella relazione istruttoria del responsabile del procedimento, possono essere cosi' sintetizzate:

- a. in sede di programmazione triennale ex art. 14, co. 2, L. 109/1994 non e' espressamente contemplato l'ampliamento dell'attuale perimetro del cimitero, bensì la costruzione di nuovi loculi all'interno dell'attuale area cimiteriale mediante apporto di capitale privato ed il progetto presentato appare sproporzionato rispetto al fabbisogno stimato dall'amministrazione con precedenti indagini ricognitive ed alla spesa prevista in precedenza per l'edificazione di loculi cimiteriali, non corrispondendo agli indirizzi formulati dall'Ente;
- b. il progetto presenta profili di incoerenza ed inopportunità – in relazione alla sua fattibilità, ai tempi di realizzazione, all'iter procedimentale da seguire, anche con riferimento alle contrastanti esigenze evidenziate con il piano regolatore cimiteriale approvato, nonché alla completezza ed alla sostenibilità del piano economico finanziario – si' da ritenere la sussistenza di ragioni ostative alla sua procedibilità nel merito.

Tali argomentazioni, unitamente al rinvio per relationem effettuato alla relazione istruttoria allegata, rendono il provvedimento impugnato pienamente motivato e rispettoso dell'obbligo sancito dall'art. 3 L. 241/1990.

La motivazione dell'atto, anzi, si presenta in buona parte addirittura ultronea in quanto, costituendo l'inserimento dei lavori nella programmazione triennale di cui all'art. 14, co. 2, L. 109/1994 ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente condizione indefettibile per la presentazione della proposta, la constatazione dell'assenza di tale presupposto rende la stessa inammissibile a prescindere da ogni altra considerazione, salva la possibilità per l'amministrazione comunale, valutato l'interesse pubblico al riguardo, di includere

la realizzazione di tali lavori in un nuovo strumento di pianificazione e di esaminare in quella diversa e successiva sede la domanda, ove ritualmente riproposta.

In altri termini, la mancata corrispondenza tra i lavori inclusi nello strumento pianificatorio e i lavori proposti non obbliga l'amministrazione ad esprimere alcuna valutazione in merito, essendo sufficiente il riferimento all'assenza della condizione prevista dall'art. 37 bis L. 109/1994 per la presentazione della proposta di project financing per dichiarare inammissibile la stessa; peraltro, per un principio di economia degli atti, l'amministrazione può, discrezionalmente e senza alcun obbligo di esame e valutazione, considerare la proposta d'intervento nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14, co. 2, della citata legge e ciò anche ai sensi dello stesso art. 37 bis ultima parte.

Di talché, il Comune di Caivano avrebbe ben potuto limitarsi a dichiarare l'inammissibilità della proposta per carenza del suo presupposto fondamentale, senza articolare altre ragioni fondanti il diniego della stessa.

4.2 Tale valutazione determina, altresì, l'irrelevanza della censura secondo cui, a fronte di un onere valutativo particolarmente complesso, il Comune non avrebbe compiuto una valutazione rapportata ai parametri indicati dalla norma di legge.

4.3 Con ulteriore censura contenuta nello stesso motivo di ricorso, peraltro, la Magri Costruzioni S.a.s. ha dedotto che la delibera impugnata sarebbe viziata anche per contrasto con il piano triennale, per violazione dell'autolimita tipico di ogni atto di programmazione pluriennale.

In sostanza, la ricorrente ha contestato che i lavori di cui alla proposta avanzata non siano presenti nel piano di programmazione triennale adottato dal Comune di Caivano.

L'osservazione non puo' essere condivisa.

Con delibera della Giunta Municipale n. 427 del 15.10.2002, il Comune di Caivano, ai sensi dell'art. 14 L. 109/1994, ha adottato il programma triennale dei lavori pubblici relativo al periodo 2003-2005 e l'elenco annuale dei lavori.

Tra i lavori pianificati nel programma triennale compare "Cimitero edificazione loculi. Capitale privato" per una stima del costo complessivo di € 1.800.000,00 da coprire interamente con apporti di capitale privato o cessione di immobili. Lo stesso intervento e' riportato nell'elenco annuale 2003 con l'indicazione del responsabile del procedimento (ing. Domenico Antonio Falco), dell'importo per l'esecuzione dei lavori (€1.350.000,00), della somma a disposizione dell'amministrazione comprensiva degli oneri per piani di sicurezza (€ 450.000,00) e del periodo di effettivo utilizzo dell'opera (2° trimestre 2006).

Il Collegio e' dell'avviso che tale locuzione sia gia' di per se' non equivoca circa l'assenza di volonta' dell'amministrazione comunale di realizzare i lavori oggetto della proposta de qua.

Infatti, per un verso, la limitazione dell'intervento all'edificazione dei loculi esclude che l'intendimento fosse anche quello di ampliare la perimetrazione attuale del cimitero in quanto, concretandosi questo in un intervento di piu' ampio rilievo rispetto alla mera edificazione dei loculi, sarebbe dovuto essere espressamente indicato, per altro verso, la stima del costo complessivo di €1.800.000,00 rispetto al costo della proposta Magri Costruzioni S.a.s. (totale generale di € 8.519.046,55 come da calcolo sommario della spesa allegato alla proposta) induce senz'altro a presumere che l'intervento prospettato sia un intervento diverso e di portata ben maggiore rispetto a quello programmato dal Comune ai sensi della legge quadro sui lavori pubblici.

D'altra parte, nel quadro di sintesi per categorie di opere allegato alla deliberazione della Giunta municipale n. 459 del 30.9.2003, con cui il Comune di Caivano ha adottato il programma triennale dei lavori pubblici relativo al periodo 2004-2006 e l'elenco annuale dei lavori, e' esplicitamente indicato tra le finalita' ed i risultati attesi per l'intervento di nuova costruzione attinente al cimitero che "l'obiettivo e' quello di costruire nuovi loculi cimiteriali all'interno dell'attuale cimitero comunale".

Ne' puo' assumere rilievo che la deliberazione n. 459/2003 sia stata assunta successivamente alla proposta di project financing in discorso (30.6.2003) e cio' in quanto la chiara esplicitazione dell'amministrazione comunale assume anche valore di interpretazione autentica dell'intervento pianificato con la delibera di G.M. n. 427/2002 in cui era stata utilizzata una formulazione piu' sintetica.

5. Le considerazioni svolte determinano, da un lato, l'irrelevanza, dall'altro, l'infondatezza delle censure contenute nel terzo e nel quarto motivo d'impugnativa.

5.1 Con il motivo sub 3, la ricorrente ha evidenziato il mancato rispetto della norma di legge che impone di sentire i promotori che ne facciano richiesta, dolendosi del fatto che l'amministrazione, nella fase di contraddittorio prevista dalla legge, non avrebbe indicato le condizioni controverse per chiederne eventualmente la modifica prima di respingere la proposta perche' di non adeguato interesse pubblico.

In relazione al primo aspetto, occorre ribadire che il promotore e' stato posto in grado di interloquire tanto che, a seguito della nota dell'amministrazione

del 31.10.2003, e' intervenuto nel procedimento trasmettendo le note del 21.11.2003 e del 5.12.2003.

Circa il secondo profilo, il Collegio ha gia' fatto presente che, in carenza della condicio sine qua non per la presentazione della proposta, vale a dire in assenza dell'inserimento dell'intervento progettato in uno strumento pianificatorio di legge, la proposta si presentava inammissibile e non richiedeva alcuna ulteriore istruttoria che, di contro, l'amministrazione ha comunque, sia pure non nei termini auspicati dalla Magri Costruzioni S.a.s., provveduto a porre in essere.

5.2 Con l'ultimo motivo d'impugnativa, la ricorrente ha dedotto che l'amministrazione sarebbe incorsa in un travisamento dei fatti, confondendo i criteri cui parametrare e valutare la proposta di progetto di finanza presentata dalla ricorrente. In particolare:

- a. il promotore avrebbe predisposto l'iniziativa progettuale in relazione a quanto stabilito nella delibera di Giunta Municipale n. 427 del 15.10.2002, attuativa del programma triennale predisposto dal Comune per il triennio 2003-2005 in cui erano dichiarate di pubblico interesse le opere "Edificazione loculi – capitale privato", laddove la restrizione a base del rigetto della proposta sarebbe stata introdotta dalla delibera di G.M. n. 459 del 30.9.2003, successiva alla presentazione del progetto in data 30.6.2003. In sostanza, il divieto introdotto ex post non sarebbe applicabile, ratione temporis, alla soluzione progettuale formulata e non avrebbe potuto fondare l'impugnato diniego;
- b. non sussisterebbe la necessita' di sottoporre a vincoli nuove aree, ne' sarebbe stato indispensabile presentare il piano particellare di esproprio atteso anche



che alla realizzazione del progetto non sarebbe essenziale l'acquisizione di nuove aree da sottoporre a procedure espropriative;

- c. non sarebbe stato neanche necessario pervenire all'adozione di una variante allo strumento urbanistico vigente considerato il disposto di cui all'art. 28 L. 166/2002 che avrebbe previsto uno snellimento procedurale per consentire l'ampliamento dei cimiteri mediante la riduzione della fascia di rispetto e l'inesistenza di obblighi ablatori.

La censura sub a e' infondata atteso che, come in precedenza osservato, sebbene la delibera di G.M. n. 459/2003 sia sul punto decisamente piu' chiara della precedente delibera di G.M. n. 427/2002, tutti gli elementi ermeneutici, sia letterali sia logici, portano a ritenere che gia' quest'ultima avesse inteso limitare l'intervento alla mera edificazione di loculi senza alcuna intenzione di procedere all'ampliamento del perimetro cimiteriale.

Le censure sub b e sub c non assumono rilievo atteso che, come piu' volte fatto presente, l'inammissibilita' della proposta avrebbe escluso in radice l'esigenza di un'ulteriore istruttoria, sicche' le altre ragioni poste a base dell'esito negativo della proposta avrebbero acquisito interesse solo ove fosse stato necessario condurre un esame di merito del progetto.

6. Con la memoria depositata il 28 ottobre 2004, la Societa' ricorrente ha di fatto introdotto una nuova doglianza avverso l'operato dell'amministrazione in quanto, al fine di disattendere l'argomentazione per cui il responsabile del procedimento sarebbe stato comunicato con nota del 31.10.2003, ha evidenziato che il Dirigente del Settore Lavori Pubblici in tale nota si e' autodichiarato responsabile del procedimento senza avere alcun titolo per effettuare la nomina. Viceversa, la nomina del responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 37 bis

della L. 109/1994 sarebbe adempimento di competenza della Giunta atteso che il procedimento disciplinato dalla norma non attiene alla fase di scelta del contraente privato ma alla fase programmatoria di realizzazione dell'opera pubblica.

Di talche', la Magri Costruzioni S.a.s. ha censurato sotto un ulteriore profilo gli atti impugnati per la mancata nomina e comunicazione del responsabile del procedimento, contestando la legittimita' di detta nota in parte qua.

Tale doglianza non puo' essere oggetto di esame in quanto non dedotta con il ricorso introduttivo ma soltanto proposta con successiva memoria, peraltro tardiva ai sensi dell'art. 23, co. 4, L. 1034/1971, non ritualmente notificata come motivi aggiunti e, comunque, depositata oltre il termine decadenziale d'impugnativa.

Giova comunque osservare che l'elenco annuale dei lavori 2003, allegato alla delibera di G.M. n. 427/2002, riporta quale responsabile del procedimento il nome dell'ing. Falco.

7. All'infondatezza dei motivi d'impugnativa segue l'infondatezza del ricorso e la sua conseguente reiezione.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e, liquidate in €3.500,00 (tremilacinquecento,00), sono poste a carico della Societa' ricorrente ed a favore dell'amministrazione comunale resistente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Seconda Sezione di Napoli, respinge il ricorso in epigrafe.

Liquida le spese di giudizio in €3.500,00 (tremilacinquecento,00) e pone le stesse a carico della Societa' ricorrente ed a favore dell'amministrazione comunale resistente.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 4 novembre 2004.

Dott. Antonio Onorato                      Presidente

Dott. Roberto Caponigro                Estensore