

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
PER L'EMILIA-ROMAGNA
BOLOGNA

SEZIONE I

nelle persone dei Signori:

BARTOLOMEO PERRICONE Presidente
ROSARIA TRIZZINO Consigliere, relatore
CARLO TESTORI Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nell'Udienza Pubblica del 22 Aprile 2004

Visto il ricorso 1087/2003 proposto da:
S.C.O.T. COSTRUZIONI Srl

rappresentato e difeso da:
CARULLO AVV. ANTONIO
BELLI BEATRICE
con domicilio eletto in BOLOGNA
strada MAGGIORE, 47
presso
CARULLO AVV. ANTONIO

contro

AZIENDA U.S.L. DI CESENA
rappresentato e difeso da:
RUSSO VALENTINI AVV. MARIA ROSARIA
ARGNANI STEFANO
con domicilio eletto in BOLOGNA
VIA RIZZOLI 9 (GALL. DEL LEONE)
Presso
RUSSO VALENTINI AVV. MARIA ROSARIA

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, della deliberazione del
Direttore Generale dell'Azienda Unita' Sanitaria Locale di Cesena 13.6.2003 n. 76,

nonche' di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale e in particolare della relazione conclusiva della Commissione di Valutazione in data 14.4.2003.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

AZIENDA U.S.L. DI CESENA

Vista l'ordinanza di questo Tribunale Amministrativo Regionale 18.12.2003 n. 979, con la quale e' stata respinta la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla Societa' ricorrente fissando, tuttavia, l'udienza di discussione nel merito del ricorso;

Uditi nella pubblica udienza del 22 aprile 2004, relatore il Cons. Rosaria Trizzino, l'avvocato B. Belli per la parte ricorrente e l'avvocato S. Argnani per la resistente Amministrazione.

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto:

Fatto

Il ricorso in oggetto e' rivolto avverso la deliberazione del Direttore Generale della Azienda U.S.L. di Cesena 13.6.2003 n. 76, con la quale si e' recepita la valutazione operata dalla Commissione di Valutazione all'uopo nominata, in merito alla proposta ex articolo 37 *bis* della legge 109 del 1994, presentata dalla Societa' ricorrente e avente ad oggetto la realizzazione in regime di *project financing* di un nuovo parcheggio a servizio del presidio ospedaliero "M. Bufalini" e il potenziamento strutturale con riorganizzazione complessiva del servizio.

L'iniziativa della ricorrente prevedeva specificamente:

- a. la realizzazione e gestione di una struttura multipiano parzialmente interrata, sviluppata su tre livelli, per un totale di 621 posti auto;
- b. la realizzazione e gestione di 131 posti auto ricavati dal raddoppio parziale dell'attuale parcheggio a raso ubicato nella c.d. area "ex Ghini";
- c. La riorganizzazione complessiva del servizio di parcheggio con relativa gestione di 1338 posti auto cosi' suddivisi: 1067 a pagamento, 26 riservati ai disabili, 3 riservati alle autoambulanze, 242 riservati all'Azienda sanitaria.

La Commissione di valutazione, nominata con ordinanza del Direttore Amministrativo dell'A.U.S.L. 13.8.2002 n. 5, valutava la proposta "fattibile con modifiche", sicche' l'Azienda, con deliberazione 20.12.2002 n. 131, ne recepiva l'esito dando inizio a una fase di consultazioni in contraddittorio fra le parti

(Commissione di valutazione e la ricorrente) per pervenire ai chiarimenti e alle modifiche richieste.

Al termine di tale fase, la Commissione, nella relazione conclusiva del 14.4.2003, giudicava la proposta “non fattibile e non corrispondente al pubblico interesse” e la Amministrazione, con deliberazione del Direttore Generale 13.6.2003 n. 76, ne recepiva integralmente l’esito.

A sostegno del gravame la società ricorrente deduce i seguenti motivi di illegittimità:

- 1) Violazione dell’articolo 37 *ter* della legge 11.9.1994 n. 109 ed eccesso di potere sotto il profilo della illogicità e incongruità, in quanto la proposta del ricorrente già giudicata fattibile, seppur con modifiche, non poteva essere sottoposta a una nuova valutazione di fattibilità.
- 2) Eccesso di potere per falso presupposto di fatto, illogicità e contraddittorietà; violazione dell’articolo 3 della legge 7.8.1990 n. 241 e carenza di motivazione, in quanto le ragioni poste a base della nuova valutazione espressa (onerosità del piano tariffario – rielaborazione conseguente dello stesso e del piano economico da assoggettare a nuova asseverazione – slittamento dei tempi di intervento previsti a causa della risoluzione del contratto relativo ai lavori di ampliamento e ristrutturazione dell’ospedale) non dimostrano l’asserita mancanza di pubblico interesse del progetto, ma attengono, invece, ad aspetti di fattibilità della proposta.
- 3) Eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto sotto diverso profilo, illogicità non potendosi confrontare il piano tariffario proposto dalla Società istante con quello praticato dal Concessionario del Comune di Cesena nelle aree di sosta cittadine.

Infine la ricorrente ha formulato istanza di reintegrazione in forma specifica attraverso la prosecuzione e svolgimento della procedura ad evidenza pubblica ex articolo 37 *bis* e seguenti della legge 109 del 1994 e in subordine di risarcimento del danno ingiusto subito a causa del comportamento illegittimo della Ausl, nella misura dettagliatamente specificata nella memoria depositata il 16 aprile 2004.

Si è costituita in giudizio l’intimata Amministrazione contestando le pretese svolte dalla Società ricorrente e chiedendo la reiezione del ricorso.

All’udienza del 22 aprile 2004, fissata per la discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Diritto

1. La questione sottoposta all'esame del Collegio riguarda sostanzialmente la disciplina dell'istituto del *project financing*, strumento di ispirazione anglosassone di recente introduzione del nostro ordinamento e ancora scarsamente utilizzato dalle Amministrazioni.

1.1. Ed invero, il *project financing* e' stato introdotto con la legge Merloni *ter* (415/1998), nel 1998, allo scopo di favorire la realizzazione di opere pubbliche che, senza l'apporto di capitali privati, l'ente pubblico non e' in grado di sostenere. Con tale legge si e' modificata la legge 11.2.1994 n.109, introducendo gli articoli 37 *bis* e seguenti che disciplinano l'istituto comunemente denominato del *project financing* attribuendo a soggetti dotati di specifici requisiti tecnici, organizzativi, gestionali e finanziari la possibilita' di presentare un progetto di un'opera pubblica o di pubblica utilita', che sia prevista in strumenti di programmazione formalmente approvati, la cui realizzazione, e la successiva gestione, avvengono in regime di concessione mediante la stipulazione del contratto di cui all'art.19, secondo comma, della legge.

La caratteristica fondamentale dell'istituto consiste nel porre totalmente o parzialmente a carico dei soggetti promotori o aggiudicatari le risorse necessarie alla progettazione e all'esecuzione dei lavori e nel prevedere quale unica controprestazione il "diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati".

Peraltro le summenzionate disposizioni apportano significative modifiche strutturali allo schema puro di *project financing*, tanto che alcuni commentatori della legge hanno ritenuto che con tali norme non si sia introdotta una disciplina generalizzata del *project financing*, bensì la disciplina di due istituti:

- a) uno propriamente giuridico: "la promozione di opera pubblica", articoli 37-*bis*, *ter* e *quater*;
- b) l'altro di carattere finanziario: il *project financing*, articoli da 37-*quinquies* a 37-*nonies*.

1.2. In particolare l'articolo 37 *bis* ha stabilito che le proposte di finanziamento possono riguardare soltanto lavori pubblici e di pubblica utilita' inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 14, comma secondo, della legge 109 del 1994 ovvero negli strumenti formalmente approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Alla presentazione del progetto da parte del soggetto promotore fa quindi seguito la fase della valutazione della proposta, compiuta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 37 *ter* della legge 109/1994 come modificato dalla legge 1.8.2002 n. 166, che testualmente recita: *“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilita' delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonche' della qualita' progettuale, della funzionalita', della fruibilita' dell'opera, dell'accessibilita' al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della 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. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un piu' lungo programma di esame e valutazione. Nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-*quater* il promotore potra' adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione piu' conveniente. In questo caso, il promotore risultera' aggiudicatario della concessione”*.

1.3. In merito, si e' precisato che la valutazione si effettua prendendo in esame i profili costruttivi, urbanistici ed ambientali, della qualita' progettuale, della funzionalita', della fruibilita' dell'opera, dell'accessibilita' al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, dei tempi di ultimazione dei lavori, delle tariffe da applicare e della relativa metodologia di determinazione, del valore economico e finanziario dei piani e del contenuto della bozza di convenzione. Le Amministrazioni dunque sono chiamate a esprimere una compiuta valutazione sulla concreta fattibilita' dell'intervento, che tenga conto non solo dei profili ambientali, funzionali e piu' propriamente esecutivi, ma soprattutto della capacita' dell'opera realizzata di produrre entrate in misura idonea a remunerare il capitale investito e ad assicurare l'ultimazione dell'opera e l'economicita' della relativa gestione.

La legge, infatti, ha inteso predisporre gli strumenti diretti a prevenire il pericolo di interventi non sostenuti da un continuo flusso di finanziamenti, per evitare il ripetersi

del fenomeno di opere pubbliche destinate a rimanere incomplete o votate a progressivo deterioramento.

Tutti questi elementi verranno valutati dalla stazione appaltante anche mediante audizioni dei promotori preordinate a fornire chiarimenti ovvero ad apportare quelle modifiche ritenute necessarie alla proposta stessa.

1.4. Detta attività valutativa si deve effettuare in una prima fase sulla singola proposta al fine di stabilire che non vi siano elementi ostativi alla sua realizzabilità. Successivamente all'accertamento della idoneità tecnica della proposta, l'amministrazione è chiamata ad effettuare la valutazione della rispondenza al pubblico interesse della proposta stessa: attività propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti al momento attuale. Sotto questo profilo la proposta, pur se giudicata tecnicamente valida, può essere respinta solo se il promotore abbia rifiutato le modifiche richieste dall'ente e se le condizioni proposte siano tali da escludere che anche dopo la procedura di aggiudicazione l'opera risulti di pubblico interesse.

L'Autorità per la Vigilanza dei Lavori Pubblici ha inoltre chiarito che la proposta potrà essere respinta se giudicata non rispondente alle priorità fissate nel piano triennale e nell'elenco annuale, in quanto, per esempio, non compatibile con altri interventi o perché condizionata ad un parziale concorso finanziario dell'amministrazione precedente che la stessa ritiene di utilizzare per altri interventi in corso o per motivi basati sulla programmazione di interventi nella stessa area. La valutazione può comprendere anche la comparazione di proposte presentate da diversi promotori con riferimento allo stesso intervento ovvero di proposte relative ad interventi differenti: in tal caso l'attività di valutazione degli interventi, ivi compresa la loro comparazione servirà per stabilire la compatibilità degli interventi stessi sotto il profilo finanziario, logistico e funzionale, nonché la compatibilità di interventi diversi in contemporanea fra loro.

1.5 In conclusione, deve ritenersi che la valutazione finale di fattibilità e pubblico interesse del progetto presentato dal promotore ex articoli 37 *bis* e ss. della legge 109 del 1994 sia il frutto di una complessa procedura articolata in più fasi, fra loro strettamente correlate.

2. Ciò premesso osserva il Collegio che dalla documentazione in atti risulta che nella fattispecie l'Amministrazione sanitaria e la Commissione di Valutazione all'uopo nominata, ricevuta la proposta della società ricorrente, correttamente

abbiano preliminarmente provveduto ad esaminare il progetto su base tecnica per accertare innanzitutto l'idoneità della proposta e quindi a valutare anche sotto il profilo del pubblico interesse la fattibilità della medesima.

2.1. Tale procedura è contestata dal ricorrente con i tre motivi di ricorso che per la loro correlazione possono essere trattati congiuntamente.

In particolare la Società ricorrente ritiene che la valutazione del 2002, con la quale la proposta è stata giudicata "fattibile con modifiche" avrebbe esaurito la fase di valutazione e che non sarebbe ammessa l'apertura di una ulteriore fase in contraddittorio fra le parti per la formulazione di una nuova proposta che recepisca le modifiche richieste dall'Amministrazione.

Secondo l'istante, le modifiche non sono elemento di valutazione della proposta, ma adattamento alla maggior convenienza ritenuta dall'Amministrazione e perciò costituiranno elemento determinante al fine dell'aggiudicazione; un tanto troverebbe conferma nel fatto che il progetto del promotore – eventualmente modificato sulla base delle determinazioni dell'Amministrazione stessa - costituisce il progetto preliminare posto a base della gara e che, a norma dell'ultimo comma dell'articolo 37 *ter*, il medesimo promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente.

Rileva inoltre la ricorrente che la valutazione del pubblico interesse dell'opera sarebbe già stata effettuata al momento dell'inserimento nel piano triennale.

La sottoposizione del progetto del promotore a nuova valutazione recependo, nella determinazione negativa oggi impugnata integralmente le conclusioni della Commissione di Valutazione, espresse in data 14.4.2003, al termine della fase di contraddittorio avviata dopo il giudizio di fattibilità tecnica della proposta sarebbe avvenuta quindi in violazione di legge e il relativo giudizio sarebbe viziato da eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto, illogicità e difetto di motivazione.

3. Tutte le suesposte doglianze sono prive di fondamento.

3.1. Osserva in proposito il Collegio che il giudizio negativo (la proposta non è fattibile, né di pubblico interesse) espresso conclusivamente dall'Amministrazione si basa sulle seguenti considerazioni conclusive:

1. Il concessionario a fronte della costruzione dell'opera si remunera attraverso i proventi che gli derivano dalla gestione dell'opera per un determinato periodo

assumendo l'alea imprenditoriale connessa alla gestione stessa e all'utilizzazione dell'opera;

2. Le condizioni e i presupposti individuati dal Promotore per avere titolo a una rinegoziazione del contratto appaiono elementi strettamente attinenti al rischio di impresa e quindi il Promotore – qualora concessionario – verrebbe di fatto a coinvolgere l'Amministrazione nella gestione realizzando in tal modo una gestione partecipata pubblico-privato attuata attraverso la revisione contrattuale connessa al modificarsi di alcune variabili previste nel piano economico finanziario (quali tasso di inflazione, tasse e imposte, costi di manutenzione) con conseguente eliminazione del rischio di impresa;
3. Le tariffe proposte, che rappresentano il presupposto dell'equilibrio economico e finanziario del piano e come tali sono state ritenute dal Promotore insuscettibili di ulteriore miglioramento, non contemperano l'interesse pubblico specifico costituito dalla realizzazione dell'intervento con l'interesse pubblico piu' generale rappresentato dalle esigenze della collettività che usufruirà del servizio finale;
4. Ed invero le tariffe proposte risultano triplicate se non, in alcuni casi quadruplicate, rispetto a quelle attualmente in vigore presso la struttura ospedaliera e sono superiori anche a quelle applicate nello stesso Centro storico di Cesena e non compensano la maggiore disponibilità di posti auto garantita a chi accederà alla struttura ospedaliera;
5. Il perseguimento dell'interesse pubblico preminente (applicazione di una tariffa equa per gli utenti della struttura ospedaliera) non può ritenersi soddisfatto dall'inclusione dell'elemento "livelli tariffari" fra i criteri di aggiudicazione da porre a base della successiva gara.
6. La contemporanea realizzazione delle opere di che trattasi con quelle relative all'intervento di ampliamento e ristrutturazione della struttura ospedaliera localizzato nelle adiacenze dell'area interessata al parcheggio comporta l'esposizione degli utenti a un potenziale disagio temporalmente troppo rilevante non contemperato dalla prospettiva della successiva ottimale realizzazione delle possibilità di parcheggio.

3.2. Di tutta evidenza quindi che l'impugnata determinazione negativa si basa su specifiche e articolate considerazioni piu' che sufficienti a giustificare la valutazione conclusiva dell'Amministrazione che risulta così immune dal vizio di motivazione.

Le medesime giustificazioni risultano poi intrinsecamente coerenti, logiche e rispettose della disciplina regolante l'istituto del *project financing*.

Va infatti chiarito - in aggiunta alle piu' generali considerazioni svolte al punto 1 - che legge richiede la presentazione di proposte adeguatamente dettagliate, che espongano non solo studi e progetti preliminari di fattibilita' e di inquadramento territoriale e ambientale dell'opera, ma che piu' specificamente contengano l'indicazione degli elementi relativi al valore dell'opera, al suo rendimento, alle modalita' di gestione, nonche' al livello e ai criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti

Con la presentazione del piano economico finanziario il soggetto promotore e' chiamato ad esporre le previsioni dei costi dell'intervento e dei ricavi che ritiene di poter conseguire dalla gestione dell'opera; il relativo programma, che deve essere asseverato da un istituto di credito a garanzia della sua attendibilita', rappresenta lo strumento mediante il quale il promotore descrive le condizioni finanziarie che considera necessarie per l'equilibrio economico dell'iniziativa e l'assolvimento della prestazione;

Si comprende allora il ruolo centrale che nella proposta di *project financing* assume il piano economico finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilita' della proposta e la sua concreta fattibilita';

Da cio' puo' trarsi la sicura conseguenza che il piano asseverato non puo' essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione; esso rappresentando infatti la base sulla quale saranno poi chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziata di cui all'art.37 *quater*, il quale stabilisce espressamente che i valori degli elementi per la determinazione dell'offerta piu' vantaggiosa devono essere fissati "nelle misure previste dal piano economico finanziario presentato dal promotore", non trascurando di precisare che, in mancanza di offerte nella gara, la proposta vincola comunque il promotore all'esecuzione dell'intervento;

Ne discende, altresì, che le modifiche che, ai sensi dell'art.37 *quater* primo comma lett.a), l'amministrazione e' legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei

corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi sostanziali alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse.

Cio', del resto, e' chiaramente desumibile dalla logica che ispira l'istituto e che assegna carattere essenziale al piano economico finanziario e alle relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono e' agevole quindi riscontrare l'infondatezza delle argomentazioni esposte.

Ed invero il piano presentato dalla societa' prevede un investimento complessivo stimato in ca. 14 milioni di euro, interamente finanziato con capitali privati; il programma prevede inoltre di conseguire la prima manifestazione di utile d'esercizio a decorrere dall'ottavo anno dall'attivazione della gestione.

Con le modifiche tariffarie richieste e i rilievi mossi dall'Amministrazione risulta peraltro evidente che il piano economico presentato dalla societa', gia' criticamente valutato dall'Istituto di credito asseverante, perde di attendibilita' a causa della riduzione delle risorse necessarie alla stessa attuazione del progetto e all'economicita' della gestione.

In presenza dei rilievi sollevati dalla commissione, il Direttore generale dell'Azienda Usl non poteva che concludere per l'inaccogliabilita' della proposta come formulata, atteso che ogni eventuale modifica del piano che tenesse in considerazione i summenzionati rilievi, si traduce in un'evidente alterazione di un elemento essenziale della proposta e, quindi, nell'applicazione distorta dell'istituto qui considerato.

Come gia' specificato il *project financing* costituisce una modalita' di finanziamento, da parte del privato, della realizzazione di opere pubbliche, la cui gestione possa assicurare un ritorno economico.

Trattasi di operazione senza rischio nella quale risulta essenziale la validita' del conto economico del progetto da finanziare. e la capacita' di generare un flusso di cassa in grado di rimborsare il prestito erogato (capacita' reddituale per l'arco di tempo occorrente all'estinzione del finanziamento erogato).

Caratteristica peculiare del *project financing*, dunque, non e' solo l'ottenimento del capitale occorrente per la realizzazione delle opere, ma fondamentale la gestione delle stesse, affinche' dalla loro fruizione e dai ricavi correlati possa trovare completa remunerazione il capitale investito.

Il progetto, quindi, va considerato come un *unicum*, nel quale la fase gestionale ha, indubbiamente, rilevanza di gran lunga maggiore di quella realizzativa dell'opera, perché consente appunto la remunerazione della stessa.

Conseguentemente ogni significativa modifica al piano gestionale rende inaccoglibile la proposta.

5. Alla stregua delle suesposte considerazioni il ricorso va dunque respinto.

Peraltro, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese e competenze del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa lo dichiara *respinge*.

Spese compensate.

Ordina che le presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa

Così deciso in Bologna, in camera di consiglio, il 22 aprile 2004

Il Presidente

L'Estensore

F.to Bartolomeo Perricone

F.to Rosaria Trizzino

Depositata in Segreteria ai sensi dell'art. 55 L. 18/4/82, n. 186.

Bologna, li' 20/05/2004

Il Segretario

F.to Silvia Lazzarini

-