



REPUBBLICA ITALIANA

N. Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 851 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione ANNO 2006

Prima, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. **851/2006**, proposto da: **DI VINCENZO s.p.a.**
con sede in Caltanissetta, in proprio e quale capogruppo
mandataria della costituenda A.T.I. con la SOPES s.r.l., in
persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e
difeso dagli Avvocati Salvatore Raimondi e Luigi Raimondi,
elettivamente domiciliato presso il loro studio, in Palermo, via N.
Turrisi n. 59,

contro

- Azienda Unità Sanitaria Locale n. 6 di Palermo, in persona del
direttore generale pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti
A. Abbruzzese e D. Antinoro, elettivamente domiciliato in
Palermo, via Pindemonte n. 88, presso gli Uffici Legali
dell'Azienda;

per l'annullamento, previa sospensione

- della nota dell'Azienda U.S.L. n. 6 di Palermo, del 7 febbraio
2006 prot. 894/PT con la quale si conferma il rigetto della
proposta di finanza di progetto per impianti termici nei presidi
ospedalieri aziendali Cimino di Termini Imerese, Civico di
Partinico, L. Bianchi di Corleone, Ingrassia di Palermo, Pisani di

Palermo, Casa del Sole di Palermo;

- della nota della stessa azienda 18 ottobre 2005, prot. n. 107, con la quale si dà preavviso del mancato accoglimento della proposta delle ricorrenti.

Visto il ricorso, notificato il 10/04/2006 e depositato il 19/04/2006;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli Avvocati D. Antinoro e A. Abbruzzese per l'Azienda intimata;

Vista l'ordinanza n. 534/2006 e l'ordinanza n. 656/2006 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 26 gennaio 2007, il Referendario Agnese Anna Barone;

Uditi l'Avvocato S. Raimondi per parte ricorrente e l'Avvocato A. Abruzzese per l'azienda resistente

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

In data 18/11/2002 la Regione Siciliana ha emanato un atto di avviso relativo alle richieste di adesione ai finanziamenti previsti dall'Accordo Programma Quadro Energia sottoscritto tra la Regione ed il Ministero dell'Ambiente, avente come finalità la promozione di fonti rinnovabili e la razionalizzazione delle risorse energetiche.

In data 09/12/2002 l'Azienda Sanitaria Locale n. 6 di Palermo presentava all'ente finanziatore 7 progetti aventi ad oggetto gli impianti di cogenerazione di alcuni presidi ospedalieri; nella medesima proposta l'azienda sanitaria manifestava la volontà di chiedere il finanziamento per una quota del 50% del totale dell'investimento, mentre il restante 50% sarebbe stato finanziato da una ESCO (energy service company), attraverso la stipulazione di un contratto di servizio energia. Dei sette progetti presentati, i primi sei venivano finanziati ed il settimo, pur se utilmente collocato in graduatoria, rimaneva privo di copertura finanziaria.

Con nota del 30/12/2004 la società ricorrente presentava una proposta di project financing per la realizzazione degli impianti di cogenerazione inclusi nell'accordo sopra citato.

Con provvedimento prot. N. 3266 del 20/05/2005 l'azienda sanitaria comunicava che la proposta non poteva essere presa in considerazione in quanto *“le opere di cui trattasi non sono contemplate nell'ambito del programma triennale LL.PP”* cos' come disposto dall'articolo 37bis e che *“le circolari n. 2501/2003 e n.1866/2005 dell'Assessorato per la Sanità, hanno ribadito che le Aziende sanitarie sono tenute a dare tempestiva comunicazione all'Assessorato, sin dalla fase dell'individuazione in sede di programmazione triennale, delle opere realizzabili ad iniziativa di soggetti privati, e a definire un accordo con l'Assessorato, nei casi in cui si delinei la*

partecipazione finanziaria della regione all'operazione, prima di procedere alla pronuncia di pubblico interesse”.

Di tale determinazione dirigenziale, ne veniva chiesta la revoca, attraverso un riesame della vicenda e con il rispetto delle regole procedurali. La fase di riesame, si concludeva- anche a seguito di un ricorso già definito con sentenza n. 1570/2005 di questo Tribunale, con il provvedimento impugnato con il quale l'azienda sanitaria reiterava il giudizio di non accoglibilità della proposta di project financing avanzata dall'Ati Di Vincenzo.

In tale provvedimento, l'amministrazione oltre a confermare la mancanza delle condizioni per poter dar inizio alla procedura disciplinata dall'articolo 37bis citato, precisava anche la propria scelta di dare la priorità ai lavori di adeguamento degli impianti tecnologici rispetto alla concreta realizzazione di impianti di cogenerazione proposti dalla ricorrente che *“allorquando realizzati insisterebbero su impianti non adeguati alla normativa di riferimento”*

Con il ricorso in esame, l'ATI ricorrente ha impugnato la nota sopra indicata deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) violazione e falsa applicazione degli articoli 2, 14, e 37bis della legge n. 109/1994 come recepiti nelle leggi regionali n. 7/2002 e n. 7/2003 (secondo la prospettazione di parte ricorrente il necessario inserimento nella programmazione triennale delle opere pubbliche non troverebbe applicazione nei confronti dell'amministrazione resistente in quanto soggetto di cui all'articolo 2 D.Lgs n.

158/1995 (cd settori speciali) nei confronti del quale non si applica, tra l'altro, l'articolo 14 della legge n 109/1994 relativo per l'appunto alla programma triennale delle opere pubbliche).

2) eccesso di potere per erroneità nei presupposti (relativamente alla circostanza che le circolari invocate dall'azienda sanitaria non sarebbero preclusive alla realizzazione degli interventi proposti), e per contraddittorietà, sviamento e illogicità, in relazione all'esistenza di un problema di priorità tra interventi ed alla implicita volontà dell'azienda di perdere il finanziamento; (secondo, terzo, quarto e quinto motivo di ricorso).

L'azienda sanitaria si è costituita in giudizio, controdeducendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 534/2006 del 20/06/2006 l'istanza cautelare è stata respinta; tale ordinanza è stata poi oggetto di appello al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, che con ordinanza n. 656/2006 si è limitato a rimettere gli atti al giudice di primo grado per una rapida definizione del merito, senza tuttavia pronunciarsi sull'istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Come delineato in fatto, la società ricorrente - nel dolersi della delibera con la quale l'azienda sanitaria ha deciso di non

accogliere la proposta di “project financing” in quanto i lavori non risultavano inseriti nella programmazione triennale delle opere pubbliche - ne deduce, con il primo motivo di ricorso, l'illegittimità sul rilievo che il programma triennale delle opere pubbliche, cui fa riferimento la norma citata è contemplato dall'articolo 14 della legge n. 109/1994, che non trova applicazione nei confronti dei soggetti di cui al D.Lgs n. 158/1995, (tra i quali rientra l'amministrazione resistente), in applicazione dell'articolo 2, comma 3° , lette. b) della legge n. 109/1994.

Tale argomentare, tuttavia, trova un ostacolo di carattere logico nelle contraddittorie argomentazioni contenute nel primo motivo di ricorso ove in un primo momento parte ricorrente sostiene l'inapplicabilità dell'articolo 14 alla fattispecie in esame (punto 1.1), mentre successivamente al fine di fondare le proprie pretese (punto 1.2.) invoca l'applicazione del comma 9° dell'articolo 14 laddove stabilisce che *“un opera non inserita nella programmazione può essere realizzata sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste dai mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione della programmazione.*

Del resto, l'inconferenza di tale ricostruzione è confermata dalla circostanza che il regime derogatorio previsto dall'articolo 2 della legge n. 109/1994, in relazione ai soggetti operanti nei cd settori esclusi, limita il suo ambito di operatività alle sole norme ivi

contemplate, tra le quali non rientra l'articolo 37 bis, norma specificamente destinata alla disciplina del promotore. L'articolo 14 prevede, infatti, il principio della programmazione come regola generale a tutela dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'articolo 97 della Costituzione, nell'ambito delle opere pubbliche; da ciò consegue che le uniche deroghe al rispetto della programmazione sono solo quella di tassativa ed espressa previsione, come quelle elencate nel comma 5° del medesimo articolo.

A conferma delle precedenti argomentazioni va rilevato, infine, che l'articolo 152, 1° comma del D.lgs n. 163/2006, nell'individuare la disciplina comune applicabile agli istituti del promotore finanziario e della società di progetto richiama espressamente le norme contenute nella parte II, titolo III, capo I del codice dei contratti pubblici relative alla programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori.

Nella controversia in esame si tratta, pertanto, di valutare l'incidenza della mancata inclusione, in alcuno strumento programmatico, dell'opera proposta da parte ricorrente, e di accertare se l'attività posta in essere dall'amministrazione resistente possa rivelare alcuna valutazione di utilità dell'opera proposta.

Come noto, l'articolo 37 bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109, (applicabile *ratione temporis* alla presente controversia) come recepito a livello regionale dalle leggi n. 7/2002 e 7/2003,

consente la realizzazione di opere pubbliche con risorse totalmente o parzialmente a carico di soggetti privati, conseguendo con ciò il duplice obiettivo di coinvolgere il capitale privato e di utilizzare l'apporto della migliore imprenditoria nella realizzazione di opere pubbliche (cd. strumenti di project financing).

L'utilizzazione dei soggetti privati riguarda anche la fase dell'iniziativa procedimentale diretta ad individuare il soggetto realizzatore, il quale, tuttavia, può presentare proposte solo relativamente *"alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente"*. L'esistenza del programma triennale costituisce, quindi, il primo tassello procedimentale sia per la selezione dei lavori proponibili da parte dei privati, sia per l'attuazione delle iniziative di "project financing" costituendo la base per la realizzazione di tutti gli interventi del triennio, ad eccezione di *quelli "imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale"* (comma 5°, dell'articolo 14).

La proposta di cui al citato articolo 37 bis, quindi, può essere formulata soltanto in relazione ai lavori pubblici o di

pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale, oppure negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, in modo da evitare che vengano realizzate opere inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività.

Nel caso in esame, infine, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa di parte ricorrente, non risulta qualificabile come atto di programmazione la semplice richiesta di finanziamento nell'ambito dell'APQ energia stipulato tra Stato e Regione. Alla stregua di tale elemento fattuale e dell'insussistenza delle condizioni necessarie per poter avviare un procedimento di project financing, non appare né arbitraria né illegittima la determinazione dell'amministrazione intimata che non ha preso in considerazione la proposta di parte ricorrente.

Il ricorso, pertanto, deve essere respinto.

La particolare natura delle questioni trattate costituisce giusto motivo per compensare, tra le parti, le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione prima, respinge il ricorso in epigrafe indicato.-----

Spese compensate.-----

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.-----

Così deciso in Palermo, in Camera di Consiglio, addì 26

gennaio 2006, con l'intervento di Signori Magistrati:

Giorgio Giallombardo - Presidente;

Agnese Anna Barone - Referendario, estensore;

Roberto Valenti - Referendario;

_____ Presidente

_____ Estensore

_____ Segretario

Depositata in Segreteria il _____

Il Segretario

G.M.