

N. 01207/2009 REG.SEN.
N. 01470/2008 REG.RIC.
N. 01590/2008 REG.RIC.
N. 01655/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1) sul ricorso numero di registro generale 1470 del 2008, integrato con motivi aggiunti, proposto dalla Messina Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo di una costituenda ATI con la Generali Iacopelli s.r.l. e la No Problem Parking s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Girolamo Rubino e Leonardo Cucchiara, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, sito in Palermo, via Oberdan, n. 5;

contro

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Adriana Masaracchia, ed elettivamente domiciliato presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, siti in Palermo, Piazza Marina, n. 39;

nei confronti di

Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop, in persona del legale rappresentante pro tempore, Final s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore e Apcoa Parking Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, n.q. - rispettivamente - la prima di capogruppo mandataria, e le altre due di mandanti dell'ATI Conscoop, rappresentate e difese dall'avv. Salvatore Raimondi, presso il cui studio, sito in Palermo, via Gaetano Abela, n. 10, sono elettivamente domiciliate;

2) sul ricorso numero di registro generale 1590 del 2008, proposto da Amat Palermo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Gaetano Armao, presso il cui studio, sito in Palermo, via Noto, n. 12, è elettivamente domiciliata;

contro

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Adriana Masaracchia, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Comunale, in Palermo, Piazza Marina n. 39; - la Commissione di verifica per la realizzazione del Parcheggio di Piazzale Ungheria, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop, in persona del legale rappresentante pro tempore, Final s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore e Apcoa Parking Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, n.q. -

rispettivamente - la prima di capogruppo mandataria, e le altre due di mandanti dell'ATI Conscoop, rappresentate e difese dall'avv. Salvatore Raimondi, presso il cui studio, sito in Palermo, via Gaetano Abela, n. 10, sono elettivamente domiciliate;

3) sul ricorso numero di registro generale 1655 del 2008, integrato con motivi aggiunti, proposto dal Condominio di Piazzale Ungheria n. 73 – Palermo, in persona dell'Amministratore pro tempore e dall'avv. Benedetto Caramanna, rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Agrifoglio, presso il cui studio, sito in Palermo, via Brunetto Latini, n. 34, sono elettivamente domiciliati;

contro

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Adriana Masaracchia, ed elettivamente domiciliato presso gli uffici dell'Avvocatura comunale, siti in Palermo, Piazza Marina, n. 39;

nei confronti di

Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop, in persona del legale rappresentante pro tempore, Final s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore e Apcoa Parking Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, n.q. - rispettivamente - la prima di capogruppo mandataria, e le altre due di mandanti dell'ATI Conscoop, rappresentate e difese dall'avv. Salvatore Raimondi, presso il cui studio, sito in Palermo, via Gaetano Abela, n. 10, sono elettivamente domiciliate;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

1) quanto al ricorso n. 1470 del 2008:

quanto al ricorso principale:

- della deliberazione della Giunta Municipale del Comune di Palermo, n. 84 del 18/4/2008 (pubblicata il 24/4/2008) avente ad oggetto "Realizzazione in project financing di un parcheggio sotterraneo e riqualificazione dello spazio urbano di Piazzale Ungheria. Dichiarazione di pubblico interesse e approvazione del progetto preliminare", con la quale è stata dichiarata di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 37 quater della l. n. 109/94, la proposta presentata dal promotore ATI Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop - Final s.p.a. - Apcoa Parking Italia s.p.a.;

- dei verbali del 25/1/2007 e dell'8/2/2008 relativi alle operazioni poste in essere dal RUP con i quali, rispettivamente, è stata verificata la completezza dei documenti presentati dai promotori ed è stata richiesta documentazione integrativa ai promotori;

- dei verbali in data 3/8/2007, 18-29/10/2007, 20-27-28/11/2007, 5/2/2008 e 6/3/2008 dalla Commissione per la valutazione delle proposte di realizzazione di un parcheggio sotterraneo e riqualificazione dello spazio urbano di Piazzale Ungheria, in project financing;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del verbale del 18/6/2008 della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo;

quanto al ricorso incidentale:

- degli stessi atti impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla procedura della costituenda ATI Messina Costruzioni s.r.l. - Generali Iacopelli s.r.l. - No Problem Parking s.r.l.;

2) quanto al ricorso n. 1590 del 2008:

- della nota del Comune di Palermo – Area Infrastrutture – Ufficio Opere Pubbliche, Servizio Edilizia Pubblica e stradale del 29 aprile 2008, prot. n. 299345 (comunicata in data 29 aprile 2008), contenente la comunicazione che in data 18 aprile 2008 la Giunta Comunale di Palermo, con deliberazione n. 84, avente per oggetto: “Realizzazione in project financing di un parcheggio sotterraneo e riqualificazione dello spazio urbano di Piazzale Ungheria. Dichiarazione di pubblico interesse e approvazione del progetto preliminare”, ha individuato di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 37 quater della l. n. 109/94 la proposta presentata dal promotore Conscoop – Mandataria – Consorzio di Cooperative di Produzione e Lavoro;

- della deliberazione della Giunta Municipale del Comune di Palermo, n. 84 del 18/4/2008;

- dei verbali delle riunioni della Commissione di verifica dei progetti allegati alla predetta delibera ed in particolare del verbale della seduta del 5 febbraio 2008 nella parte in cui la Commissione stabilisce di non prendere in considerazione per la valutazione finale la proposta Amat;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;

3) quanto al ricorso n. 1655 del 2008:

quanto al ricorso principale:

- della deliberazione della Giunta Municipale del Comune di Palermo, n. 84 del 18/4/2008, avente ad oggetto la "Realizzazione in project financing di un parcheggio sotterraneo e riqualificazione dello spazio urbano di Piazzale Ungheria. Dichiarazione di pubblico interesse e approvazione del progetto preliminare";
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;
quanto al ricorso per motivi aggiunti:
- del verbale della riunione del 13/5/2008 tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e dell'ATI Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop - Final s.p.a. - Apcoa Parking Italia s.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'ATI Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop - Final s.p.a. - Apcoa Parking Italia s.p.a., relativamente al ricorso r.g. n. 1470/2008;

Visto il ricorso per motivi aggiunti proposto dalla Messina Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo di una costituenda ATI con la Generali Iacopelli s.r.l. e la No Problem Parking s.r.l. ed avente ad oggetto il verbale del 18/6/2008 della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo;

Visto il ricorso per motivi aggiunti proposto dal Condominio di Piazzale Ungheria n. 73 – Palermo, in persona dell'Amministratore pro tempore e dall'avv. Benedetto Caramanna ed avente ad oggetto

il verbale della riunione del 13/5/2008 tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo;

Viste le memorie difensive e i documenti depositati in giudizio dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 26 maggio 2009, il Consigliere Federica Cabrini;

Uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 71/2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I) Con ricorso (r.g. n. 1470/2008) notificato in data 20/6/2008 e depositato in data 30/6/2008, la costituenda ATI Messina Costruzioni s.r.l. - Generali Iacopelli s.r.l. - No Problem Parking s.r.l. (di seguito denominata ATI Messina) ha impugnato gli atti in epigrafe indicati aventi ad oggetto la procedura di project financing per la realizzazione di un parcheggio sotterraneo e la riqualificazione dello spazio urbano di Piazzale Ungheria a Palermo.

Espone l'ATI ricorrente che detto intervento è stato inserito nel piano triennale delle opere pubbliche 2006/2008 (v. delibera del Consiglio Comunale n. 135 del 24/6/2006), come una tipologia di intervento da realizzarsi attraverso l'utilizzo di capitali privati.

Parte ricorrente è insorta avverso gli atti in epigrafe indicati, affermando che la proposta presentata dall'ATI Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop - Final s.p.a. - Apcoa Parking Italia s.p.a. (di seguito denominata ATI Conscoop)

avrebbe dovuto essere esclusa dalla valutazione finale e che, per l'effetto sarebbe stata dichiarata di pubblico interesse quella presentata dall'ATI Messina.

Deduce a tal fine le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis ss. l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 18 d.P.R. n. 554/99; eccesso di potere per difetto di istruttoria: atteso che l'art. 37 bis l. n. 109/94 contiene una indicazione analitica dei contenuti essenziali della proposta di project financing ai fini della valutazione della fattibilità dell'opera sotto il profilo tecnico-economico e della compatibilità dell'opera con l'assetto urbanistico-territoriale-ambientale.

In particolare, la proposta deve contenere, tra l'altro, un progetto preliminare.

Il progetto preliminare contenuto nella proposta prescelta viene posto alla base della successiva gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione e la gestione dell'opera.

Segue da ciò, che detto progetto deve essere completo secondo la previsione di cui all'art. 18 del d.P.R. n. 554/99 e quindi deve essere corredato anche di indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari (c. 1, lett. d), nonché delle relazioni e dei grafici che attestino che sulle aree interessate dall'intervento, sono state effettuate le indagini necessarie quali quelle geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche (c. 2, lett. a).

Il progetto preliminare contenuto nella proposta presentata dall'ATI Conscoop, da un lato, risulta sprovvisto delle indagini idrologiche, idrauliche e sismiche e relative relazioni e grafici e, dall'altro lato, è

corredato di una relazione geologica e geotecnica che non è stata resa sulla base di indagini effettuate specificamente sulle aree interessate dall'intervento.

Segue da ciò che la proposta non avrebbe dovuto essere tenuta in considerazione per la valutazione finale, né si sarebbe potuto far ricorso all'integrazione degli elaborati ai sensi dell'art. 37 bis, c. 2 ter, l. n. 109/94.

D'altra parte, la proposta presentata dall'ATI Conscoop avrebbe dovuto essere esclusa anche perché tecnicamente non realizzabile in quanto prevede la realizzazione di 4 piani interrati con una quota di fondazione a -13,40 ml dal piano di campagna, cioè di 5 ml di maggiore profondità rispetto al piano di posa degli edifici limitrofi e la creazione di una serie di tiranti a contenimento dello scavo dell'opera che andrebbero ad interferire con i piani cantinati degli edifici che delimitano l'area oggetto dell'intervento;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i. sotto diverso profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 19, c. 7, l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 15 e 46 del d.P.R. n. 554/99: atteso che ai sensi dell'art. 19, c. 7, l. n. 109/94, nel testo vigente in Sicilia, la durata della concessione non può essere superiore a trenta anni, salvo motivati casi da richiamare nelle premesse del contratto.

Nel caso di specie il progetto presentato dall'ATI Conscoop prevede la realizzazione di una struttura di quattro piani interrati di cui tre destinati a parcheggio pubblico, con diritto di superficie per

la durata di 30 anni, ed uno destinato a box auto, con diritto di superficie da cedersi a terzi per la durata di 90 anni.

Ciò, da un lato, risulta difforme dagli elementi di base stabiliti nello studio di fattibilità e, dall'altro lato, viola le norme citate per quanto attiene alla durata della concessione.

La previsione di vendita a terzi del diritto di superficie per un enorme lasso temporale sembra inoltre finalizzata solo ad assecondare intenti speculativi del promotore e comunque rende la proposta inammissibilmente difforme da quella immaginata nello studio di fattibilità del Comune.

Anche per tali ragioni la proposta dell'ATI Conscoop avrebbe dovuto essere esclusa da confronto comparativo con le altre proposte.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis e 37 quater l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 19, c. 7, l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i., sotto diverso profilo: atteso che l'istituto del project financing è finalizzato alla stipula di un contratto di concessione di lavori pubblici, la quale deve necessariamente implicare anche la gestione funzionale dell'opera che costituisce l'unica controprestazione dovuta al concessionario a fronte della realizzazione dell'opera.

Nel caso di specie dalla bozza di convenzione si evince, da un lato, che la manutenzione delle opere in superficie viene posta a carico del Comune senza alcun onere gestionale per l'ATI Conscoop e, dall'altro lato, che il prezzo per la cessione dei box elimina una parte

significativa del rischio gestionale per quanto attiene ai parcheggi e quindi snatura l'essenza stessa della concessione.

L'ATI Messina conclude quindi per l'accoglimento del ricorso, con l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione (istanza cautelare rinviata "al merito", sull'accordo delle parti, nella camera di consiglio del 29 luglio 2008, e non più riproposta).

Si sono costituiti in giudizio tanto il Comune di Palermo che l'ATI Conscoop contrastando il ricorso e chiedendone il rigetto.

L'ATI Conscoop ha altresì proposto ricorso incidentale al fine di ottenere l'annullamento degli stessi atti impugnati dall'ATI Messina nella parte in cui ne è stata disposta l'ammissione alla procedura di cui trattasi.

Deduce a tal fine le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis ss. l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 18 d.P.R. n. 554/99 e del D.M. 11 marzo 1988; eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria, atteso che se la prospettazione effettuata dall'ATI Messina con il primo motivo di ricorso è esatta, in realtà essa stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di cui trattasi.

Invero, le indagini geologiche e geotecniche presentate dall'ATI Messina si basano su sondaggi effettuati in tempi pregressi non già sull'area nella quale deve sorgere il parcheggio, ma su luoghi vicini e quindi non utili in relazione all'opera da realizzare.

D'altra parte, la proposta presentata dall'ATI Messina avrebbe dovuto essere esclusa anche perché tecnicamente non realizzabile in

quanto prevede la realizzazione di uno scavo di 5 metri di profondità senza alcun sostegno provvisorio;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; eccesso di potere per difetto dei presupposti e contraddittorietà, atteso che il progetto presentato dall'ATI Messina non risulta "bancabile" e quindi è privo di copertura di spesa;

3) Violazione e falsa applicazione, sotto diverso profilo, degli artt. 37 bis e 37 ter l. n. 109/94, come recepita dalla l. n. 7/02 e s.m.i., nonché dell'art. 46 d.P.R. n. 554/99; eccesso di potere per difetto dei presupposti, atteso che se la prospettazione effettuata dall'ATI Messina con il secondo motivo di ricorso è esatta, in realtà essa stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di cui trattasi.

Invero, la proposta dell'ATI Messina, da un lato, non è conforme allo studio di fattibilità (prevedendo tre piani interrati, anziché due) e, dall'altro lato, non è in grado di garantire la minimizzazione dei costi in relazione al conseguimento dell'obbiettivo e quindi non è bancabile;

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis ss. l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 16 d.P.R. n. 554/99 e del D.M. 1 febbraio 1986 e del d.P.R. n. 503/96; eccesso di potere per difetto dei presupposti, atteso che il progetto preliminare presentato dall'ATI Messina risulta carente sotto il profilo del mancato rispetto delle norme di sicurezza di cui al D.M. 1 febbraio 1986, in particolare quelle di sicurezza antincendio, nonché delle norme in materia di eliminazione delle barriere architettoniche.

L'ATI Conscoop conclude quindi per l'accoglimento del ricorso incidentale e la declaratoria dell'improcedibilità di quello principale.

II) Con successivo ricorso (r.g. n. 1590/2008) notificato in data 27/6/2008 e depositato in data 10/7/2008, la Società Amat s.p.a. ha impugnato la delibera di G.M. n. 84/2008 avente ad oggetto la realizzazione in project financing del parcheggio sotterraneo e la riqualificazione dello spazio urbano di Piazzale Ungheria e gli atti della procedura nella parte in cui la proposta della ricorrente non è stata presa in considerazione per la valutazione finale;

Deduce a tal fine le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i., nonché dell'art. 1, c. 1, della l. n. 241/90 e s.m.i.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, della motivazione, travisamento dei fatti e carenza dei presupposti, illogicità ed ingiustizia manifesta, violazione del principio di proporzionalità e dei criteri di par condicio e di trasparenza propri del procedimento di gara: atteso che l'esclusione della proposta della Amat scaturisce da rilievi e considerazioni del tutto infondati che non costituiscono certo il frutto di una attenta e ponderata valutazione dei parametri di carattere urbanistico, ambientale, progettuale, funzionale, di fattibilità, di economicità, etc. che rappresentano la base di valutazione delle proposte.

Risultano peraltro prive di fondatezza le contestazioni mosse al progetto della ricorrente, tanto sotto il profilo tecnico che sotto quello economico-finanziario e comunque dette contestazioni avrebbero potuto essere superate mediante la richiesta di chiarimenti ed approfondimenti.

D'altra parte, è altresì palese la violazione del principio della par condicio atteso che anche nel progetto prescelto sono rilevabili varie criticità (v. 4 piani interrati rispetto ai due previsti dallo studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione comunale; mancata adeguata ponderazione dell'aspetto geologico e geotecnico, anche con riferimento all'esistenza delle fondazioni degli edifici che circondano P.le Ungheria), ma esso non è stato certo escluso.

L'Amat s.p.a. conclude quindi per l'accoglimento del ricorso e per l'ammissione alla fase di valutazione comparativa del progetto da lei presentato.

Si sono costituiti in giudizio tanto il Comune di Palermo che l'ATI Conscoop contrastando il ricorso e ribadendo l'ampia discrezionalità amministrativa della Commissione relativamente alla prima fase di valutazione che si è conclusa nel senso della non realizzabilità della proposta e per l'effetto, nell'esclusione dalla successiva fase di valutazione comparativa.

III) Con successivo ricorso (r.g. n. 1655/2008), notificato in data 8/7/2008 e depositato in data 10/7/2008, il Condominio di P.le Ungheria, n. 73 a Palermo e l'avv. Benedetto Caramanna hanno impugnato la sopraccitata delibera di G.M. n. 84/2008 deducendo le seguenti censure in diritto:

1) Violazione e falsa applicazione delle ll.rr. n. 7/02 e n. 7/03; eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e della contraddittorietà: atteso che lo studio di fattibilità propedeutico all'opera di cui trattasi predisposto dal Comune di Palermo, che costituisce la base tecnica del progetto, recita: "in merito all'attento studio delle fondazioni dei portici esistenti si è arrivati alla

conclusione che si possono interrare solo un paio di piani al di sotto del piano stradale esistente ...”, il progetto preliminare prescelto prevede invece che venga realizzata una struttura costituita da quattro livelli completamente interrati, si tratta quindi di un progetto che avrebbe dovuto essere escluso in quanto incompatibile con le previsioni progettuali della p.a.;

2) Violazione e falsa applicazione della l. 241/90 e s.m.i.; eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento: atteso che il Condominio del grattacielo ex I.N.A., che chiude uno dei lati del rettangolo di P.le Ungheria, e coloro che in detto Condominio abitano, sono direttamente interessati alla realizzazione del progetto impugnato e costituiscono quindi soggetti ai quali doveva essere notificato l'avviso di avvio del procedimento anche perché l'opera, secondo il progetto preliminare approvato, va a sfiorare le fondamenta del grattacielo e tutto il sottosuolo dell'area di cui trattasi è percorso da cave a galleria e a pozzo ed è infiltrato da acque sotterranee.

D'altra parte, non si può pensare di quadruplicare il parcheggio lasciando inalterate le vie di accesso perché così il traffico è destinato a peggiorare.

Concludono quindi per l'annullamento della delibera n. 84/2008.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune che l'ATI Conscoop eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso.

Nella camera di consiglio del 29 luglio 2008 la domanda incidentale di sospensione è stata, sull'accordo delle parti, rinviata al merito.

IV) Nel corso del giudizio tutte le parti hanno provveduto al deposito di ulteriori memorie e documenti al fine di insistere nelle difese e nelle conclusioni già formulate.

In data 4/5/2009 l'ATI Messina Costruzioni s.r.l. ha notificato ricorso per motivi aggiunti avente ad oggetto il verbale del 18/6/2008 della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo sostenendo che esso si palesa illegittimo per le stesse ragioni già rassegnate nell'ambito del primo motivo del ricorso introduttivo (violazione del divieto di integrazione postuma degli elaborati facenti parte del progetto preliminare).

In data 5/5/2009 il Condominio di Piazzale Ungheria n. 73 – Palermo, in persona dell'Amministratore pro tempore e l'avv. Benedetto Caramanna hanno notificato ricorso per motivi aggiunti avente ad oggetto il verbale del 13/5/2008 della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo sostenendo che esso si palesa illegittimo per le stesse ragioni già rassegnate nell'ambito del primo motivo del ricorso introduttivo (non fattibilità del progetto presentato dall'ATI Conscoop).

Alla pubblica udienza del giorno 26 maggio 2009, uditi i difensori delle parti presenti, che hanno ulteriormente illustrato nella discussione orale le rispettive tesi e ribadito le già esposte domande e conclusioni, i tre ricorsi, chiamati congiuntamente, sono stati trattenuti per la decisione.

In data 5/6/2009 è stato pubblicato il dispositivo (n. 71/2009) della presente sentenza.

DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio rileva che l'evidente connessione oggettiva e soggettiva dei ricorsi ne giustifica la loro riunione.

2. Per quanto attiene alla decisione dei ricorsi, ritiene il Collegio di dover innanzitutto evidenziare alcuni punti in fatto (v. punto 2.1) e quindi effettuare un inquadramento dell'istituto del project financing (v. punto 2.2) così da porre le linee guida per la decisione delle singole questioni in discussione.

2.1. Con riferimento agli elementi in fatto per come emergono dall'ampia produzione documentale in atti, osserva innanzitutto il Collegio che nel maggio del 2006 il Comune di Palermo ha redatto lo studio di fattibilità propedeutico alla realizzazione del parcheggio sotterraneo a Piazzale Ungheria al dichiarato fine di riqualificare un'area che è definita "importante dal punto di vista strategico-commerciale e di aggregazione civica".

Preme evidenziare alcuni passi della relazione che afferma quanto segue:

- nell'area di cui trattasi sono presenti moltissimi uffici e moltissime attività commerciali il che fa lievitare a dismisura la domanda di parcheggi;
- un capiente sistema di parcheggi multipiano interrati è la vera soluzione al problema della "sosta selvaggia" (la capienza del parcheggio è prevista in 320 unità);
- vietando la sosta delle automobili nell'area nella quale dovrà sorgere il parcheggio viene creata un'"isola ambientale" volta a soddisfare le esigenze delle utenze deboli (pedoni, ciclisti e persone con limitate capacità motorie e sensoriali);
- un reale aumento dei parcheggi in sotterranea è condizione favorevole per una positiva ricaduta sui parametri ambientali che misurano i livelli dell'inquinamento;

- il piano di calpestio, visto che la sosta a raso verrà eliminata, dovrà diventare una grande piazza, il salotto della città, con una nuova sistemazione degli spazi, un nuovo riassetto dei percorsi pedonali ... così da dare alla piazza la conformazione di una galleria all'aperto;
- riguardo alla proprietà dell'area, non esistono al momento elementi di chiarezza, tenuto conto del livello progettuale, appare pertanto opportuno prevedere una somma da destinare all'esproprio e rimandare ad un livello successivo della progettazione l'accertamento della proprietà;
- sulla base delle relazione geologica propedeutica emerge la presenza di una falda freatica entro i 10 m di profondità;
- l'esame della carta delle pericolosità geologiche di corredo del p.r.g. indica che una porzione di Piazzale Ungheria è interessata da cedimenti e rilassamenti del suolo, sprofondamenti e crolli per la presenza di cavità sotterranee (cave a galleria e a pozzo e pilastri);
- per progettare le strutture fondanti, si dovrà tener conto della vicinanza delle fondazioni degli edifici vicini;
- particolare attenzione deve essere posta nella realizzazione di uno scavo in un'area perimetrata da portici sormontati da oltre cinque piani di costruzione;
- in merito all'attento studio delle fondazioni dei portici esistenti, si è arrivati alla conclusione che si possono interrare solo un paio di piani al di sotto del piano stradale esistente.

In data 24/6/2006 (con delibera del Consiglio Comunale n. 135) è stato approvato il programma triennale delle opere pubbliche (triennio 2006-2008), in cui è stato inserito l'intervento in questione,

previsto come intervento da realizzare con capitali privati mediante la procedura del project financing.

In data 29/9/2006 è stato quindi pubblicato l'avviso degli interventi da realizzare, e rispetto all'intervento di cui trattasi sono tempestivamente pervenute tre proposte: ATI Messina, ATI Conscoop e Amat s.p.a.

In data 19/1/2007 e 15/2/2006 il R.u.p. e la Commissione di valutazione hanno provveduto ad individuare gli elementi di valutazione delle proposte e i pesi ponderali di tali elementi, stabilendo che per la valutazione degli aspetti tecnico-ambientali viene fatto riferimento, per quanto possibile, ai dati contenuti nello studio di fattibilità.

In data 25/1/2007 il R.u.p. e la Commissione di valutazione hanno provveduto a verificare la completezza documentale delle proposte.

In data 8/2/2007 è stata richiesta una integrazione documentale a tutti e tre i proponenti (gli stralci planimetrici, le garanzie sulle modalità di accensione della fidejussione, la dichiarazione della mandante "No problem parking" in ordine ai requisiti di cui all'art. 99, c. 1, d.P.R. n. 554/99 e il quadro economico del progetto preliminare, quanto all'ATI Messina; il quadro economico del progetto preliminare, quanto all'ATI Conscoop; lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, lo studio di fattibilità e la dichiarazione sostitutiva dei requisiti del promotore, quanto all'Amat s.p.a.).

Per quanto attiene agli elaborati allegati al progetto preliminare emerge dai verbali che:

- l'ATI Messina (la cui ipotesi progettuale è quella di trasformare il parcheggio a raso in parcheggio multipiano interrato, con tre livelli, per un totale di 468 posti auto; quota di fondazione: -8,10 m ed una superficie complessiva di 4398 mq; costo complessivo dell'intervento: € 14.735.000,00 comprensivo di somme per acquisizione delle aree pari a € 2.000.000,00), ha prodotto quanto segue: relazione illustrativa; relazione tecnica; relazione di prefattibilità ambientale; relazione geologica con indagini geotecniche, idrogeologiche, idrauliche e sismiche;
- l'ATI Conscoop (la cui ipotesi progettuale è quella di realizzare un parcheggio sotterraneo, con 4 livelli, per un totale di 435 posti auto comprensivi di circa 100 posti box chiusi a livello -4; quota di fondazione: - 14 m ed una superficie complessiva di circa 10754 mq; costo complessivo dell'intervento: € 9.726.421,00 comprensivo di iva e al netto di somme per eventuali espropri), ha prodotto quanto segue: relazione illustrativa e tecnica; studio di prefattibilità ambientale; relazione geologica e geotecnica; prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza; calcolo sommario della spesa;
- l'Amat s.p.a. (la cui ipotesi progettuale è quella di realizzare un parcheggio sotterraneo, con tre livelli, per un totale di 354 posti auto oltre a 600 posti a raso da reperire nell'area immediatamente limitrofa ed alla cessione del diritto di superficie dell'area dei portici limitrofi alla piazza se di proprietà comunale; quota di fondazione: - 9,65 m ed una superficie complessiva di 8395,20 mq; costo complessivo dell'intervento: € 16.996.512,44 al netto di iva), ha prodotto quanto segue: relazione illustrativa; relazione tecnica;

relazione geologica preliminare; relazione geotecnica preliminare; studio di prefattibilità ambientale; prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza; relazione sulla riqualificazione dello spazio urbano.

In data 6/3/2008 la Commissione di valutazione ha verbalizzato quanto segue:

“prende atto che le ditte promotrici hanno presentato proposte progettuali difformi dallo studio di fattibilità predisposto dall’Ufficio e inserito nel programma triennale delle opere pubbliche con soluzioni diverse tra loro anche in sostanziali aspetti tecnici (numero di piani, numero di posti auto, aree di intervento, importi dei lavori, etc.). Tali diversità ha fatto sì che le tre proposte non avessero caratteristiche omogenee”.

Per quanto attiene alla proposta Amat, emerge dal citato verbale del 6/3/2008, che essa non è stata ammessa alla procedura di valutazione comparativa (cioè è stata ritenuta non fattibile – v. infra per il significato di tale giudizio) in quanto oltre a discostarsi dalle principali caratteristiche tecniche ed economiche dello studio di fattibilità, ha individuato un’area di intervento sostanzialmente diversa da quella dell’opera inserita nel programma triennale delle opere pubbliche, prevedendo il coinvolgimento di due aree esterne all’intervento, la soppressione di un parcheggio esistente per motocicli, nonché la gestione di ulteriori 600 posti a raso da reperire nelle aree limitrofe.

Le altre due proposte sono state invece ammesse a valutazione in base ai criteri predeterminati in data 18/10/07 ed alla fine la Commissione ha concluso nel senso che la proposta dell’ATI

Conscoop fosse quella economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'allegato B del d.P.R. n. 554/99.

La G.M. del Comune di Palermo, con deliberazione n. 84 del 18/4/2008, ha deliberato quindi di approvare il progetto preliminare presentato dall'ATI Conscoop, integrato secondo quanto rilevato dalla Commissione di valutazione, dichiarandolo di pubblico interesse e dando mandato agli Uffici competenti di svolgere la successiva gara per l'affidamento del contratto di concessione ponendo quello stesso progetto preliminare a base di gara.

In data 13/5/2008 e 18/6/2008 si sono svolte due riunioni tra il R.U.P. (il dirigente del Servizio Edilizia Pubblica del Comune di Palermo), i componenti della Commissione di valutazione dei progetti e il rappresentante dell'ATI Conscoop aventi ad oggetto le modifiche da apportare al progetto, la produzione di una relazione sull'approccio strutturale al fine di comprovare la fattibilità dell'opera dal punto di vista geologico e geotecnico e l'approfondimento dello studio geologico preliminare mediante la realizzazione di appositi sondaggi in loco.

Nell'ottobre del 2008 l'ATI Conscoop ha provveduto ad integrare le indagini come richiesto nei citati verbali.

2.2. Ciò detto quanto alla puntualizzazione dei fatti è possibile passare all'inquadramento sistematico dell'istituto del project financing (o finanza di progetto) secondo l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale più recente in materia.

Si rileva innanzitutto il project financing è disciplinato dagli artt. 37 ss. l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana dalle ll.rr. n. 7/02 e 7/03.

Si tratta di un procedimento complesso, ma sostanzialmente unitario, volto alla realizzazione di un'opera pubblica o di un'opera di pubblica utilità, inserita nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, con risorse totalmente o parzialmente a carico di un soggetto (denominato promotore) dotato di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, tramite un contratto di concessione (attraverso una procedura negoziata - da svolgere tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionati mediante apposita gara) (v. Cons. di Giustizia Regione Siciliana 17 ottobre 2005, n. 672; T.A.R. Sardegna-Cagliari, sez. I, 18 settembre 2008, n. 1783).

Il programma triennale dei lavori pubblici rappresenta quindi lo strumento base per il ricorso al project financing.

Segue da ciò che se è pur vero che l'istituto della finanza di progetto si caratterizza per essere un procedimento ad iniziativa di soggetti privati, è altresì vero che le proposte dei privati devono trovare riscontro negli atti di pianificazione economica ed urbanistica dell'ente pubblico interessato.

In taluni casi, laddove la p.a. non sia in grado di elaborare al suo interno lo studio di fattibilità dell'opera quale strumento di programmazione della stessa, si è ritenuto anche ammissibile il ricorso all'apporto di soggetti privati finanche per la redazione di tale studio. Nel caso si specie, peraltro, ciò non è accaduto.

Lo studio di fattibilità di un'opera pubblica o di pubblica utilità da realizzare mediante finanza di progetto esplicita i contenuti e le previsioni degli atti di programmazione e costituisce pertanto il limite oltre il quale non può spingersi la facoltà propositiva del privato. Detto studio costituisce quindi il parametro fondamentale per la valutazione dell'ammissibilità dell'intervento e della sua effettiva e concreta rispondenza all'interesse pubblico ab origine individuato.

La procedura del project financing inizia con la pubblicazione di un avviso il cui contenuto minimo consiste nell'evidenziare l'avvenuto inserimento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'Amministrazione interessata dell'intervento e nello specificare che l'opera (per la quale è indicato l'importo dei lavori, la tipologia e la localizzazione delle commesse – v. deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici 31 marzo 2004, n. 55) dovrà essere realizzata mediante l'utilizzo di capitali interamente o parzialmente privati.

Una volta acquisite le proposte il Presidente della Commissione (entro il breve termine di giorni quindici) deve procedere innanzitutto a verificarne l'ammissibilità sotto il profilo della sua completezza documentale (v. art. 37 bis, c. 2 ter, l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana).

Tenuto conto della ristrettezza del termine previsto per tale adempimento è chiaro che si tratta di una verifica che non riguarda i contenuti della documentazione, ma solo la loro completezza formale.

I contenuti della proposta dovranno essere approfonditamente valutati dalla Commissione all'uopo nominata nelle successive fasi procedurali inerenti la valutazione della fattibilità della proposta (sotto il profilo tecnico e sotto quello economico-finanziario – v. art. 37 ter l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana) e la comparazione (sulla base dei criteri e parametri determinati prima dell'esame dei progetti in ossequio al disposto di cui all'art. 37 ter l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana) delle proposte ritenute fattibili, ai fini dell'eventuale individuazione di quella ritenuta corrispondente all'interesse pubblico.

In particolare, per quanto attiene alla valutazione della fattibilità della proposta (la quale, contrariamente a quanto prospettato dall'ATI Messina, non implica necessariamente la rispondenza all'interesse pubblico tenuto conto del fatto che la Commissione potrebbe valutare una o più proposte fattibili, ma nessuna di interesse pubblico – arg. ex Cons. di Stato, Sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287) il giudizio posto in essere rientra nell'ambito della discrezionalità tecnica (con le ovvie conseguenze sotto il profilo del sindacato del g.a.).

La fase di valutazione della fattibilità delle proposte presentate dai soggetti promotori deve riguardare singolarmente ciascuna di esse e si può concludere in tre modi diversi:

a) la proposta può essere ritenuta non fattibile, di talché si determina un arresto del procedimento (v. Cons. di Stato, Sez. V, 19 aprile 2005, n. 1802), così come è avvenuto nel caso di specie con riferimento alla proposta presentata dall'Amat;

b) la proposta può essere ritenuta fattibile e quindi suscettibile di essere comparata con le altre eventuali proposte fattibili ai fini dell'individuazione di quella ritenuta rispondente all'interesse pubblico;

c) la proposta può essere ritenuta fattibile ma solo a condizione che vengano apportate delle modifiche. Ciò dovrebbe inserire una fase interlocutoria per l'ulteriore integrazione della proposta, da sottoporre poi ad una nuova valutazione di fattibilità e quindi ad una eventuale comparazione.

Le proposte che hanno superato il vaglio di fattibilità sono quindi sottoposte a comparazione secondo i parametri di valutazione previamente fissati dalla Commissione e secondo un giudizio anch'esso caratterizzato dalla discrezionalità tecnica e quindi sottoposte ad una valutazione finale in ordine alla rispondenza o meno all'interesse pubblico. Si tratta in questo caso di un giudizio che rientra nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, con esclusione dell'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica ed applicazione della disciplina generale del procedimento amministrativo (v. Cons. di Stato, Sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287).

Ritiene il Collegio di dover evidenziare che se è pur vero che quello della finanza di progetto costituisce uno strumento plasmabile nelle mani della p.a. e dei privati di talché può persino affermarsi che alla redazione del progetto finale da porre a base di gara si arrivi attraverso un "work in progress" mediante la collaborazione tra il promotore e gli organi tecnici dell'Amministrazione, rimane comunque fermo il fatto che l'Amministrazione non può discostarsi

in modo significativo da quelle che sono le risultanze dello studio di fattibilità che ha costituito il presupposto per l'inserimento dell'opera nel programma triennale, tenuto conto che, per come detto sopra, ciascuna proposta deve innanzitutto essere coerente con il contenuto di quello studio il quale costituisce il limite pubblico all'iniziativa del promotore privato.

Per quanto attiene alla completezza documentale di ogni proposta occorre rilevare che il c. 1 del citato art. 37 bis l. n. 109/94, dispone che le proposte devono contenere: lo studio di inquadramento territoriale e ambientale, lo studio di fattibilità, il progetto preliminare, la bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 21, c. 2, lettera b) (prezzo, valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, tempo di esecuzione dei lavori, rendimento, durata della concessione, modalità di gestione, livello e criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare), e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice (v. sull'argomento, T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877).

Con riferimento al progetto preliminare, in particolare, esso è costituito da un insieme di schemi grafici e descrittivi che sono volti a definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori.

Si è detto in dottrina che gli elaborati che costituiscono il progetto preliminare possono avere livelli di sviluppo diversificati a seconda

del ruolo che tale progetto è destinato a svolgere nel processo di realizzazione del lavoro (c.d. "flessibilità del progetto preliminare"). In sostanza, il livello di approfondimento del progetto non può essere rigidamente fissato a priori dal legislatore, potendo il responsabile del procedimento anche regolare il contenuto delle fasi di progettazione e persino ridurre il numero e il peso delle prescrizioni di cui agli artt. 15 ss. d.P.R. n. 554/99 (v. determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici 23 novembre 2005, n. 9, e T.A.R. Calabria – Catanzaro, Sez. I, 23 febbraio 2004, n. 448).

Così, ad es., per quanto attiene all'individuazione dei costi, essa normalmente avviene in sede di progettazione definitiva, ma poiché nell'ambito del project financing il progetto preliminare è necessariamente funzionale all'asseveramento, da parte dell'istituto di credito, del piano economico finanziario - il quale, a sua volta costituisce il nucleo centrale della proposta -, ne consegue che tale individuazione deve necessariamente essere anticipata alla fase preliminare.

Invero, uno degli elementi indispensabili affinché una operazione di project financing possa essere realizzata è dato dal fatto che ci sia un adeguato grado di certezza in termini di tempi e costi di realizzazione e gestione dell'opera. Ciò significa che il progetto preliminare deve essere portato ad un elevato grado di definizione che consenta, da un lato, all'istituto di credito di asseverare la proposta e dichiararla bancabile e, dall'altro lato, alla commissione di valutarne la fattibilità e la rispondenza all'interesse pubblico.

Sotto tale profilo deve quindi essere esaminata la questione relativa all'applicazione dell'art. 18 d.P.R. n. 554/99, che come noto, continua ad applicarsi nelle more dell'approvazione del nuovo regolamento di attuazione della l. n. 109/94.

Appare opportuno innanzitutto riportare il testo del citato art. 18, esso recita:

"1. Il progetto preliminare stabilisce i profili e le caratteristiche più significative degli elaborati dei successivi livelli di progettazione, in funzione delle dimensioni economiche e della tipologia e categoria dell'intervento, ed è composto, salva diversa determinazione del responsabile del procedimento, dai seguenti elaborati:

- a) relazione illustrativa;
- b) relazione tecnica;
- c) studio di prefattibilità ambientale;
- d) indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari;
- e) planimetria generale e schemi grafici;
- f) prime indicazioni e disposizioni per la stesura dei piani di sicurezza;
- g) calcolo sommario della spesa.

"2. Qualora il progetto debba essere posto a base di gara di un appalto concorso o di una concessione di lavori pubblici:

- a) sono effettuate, sulle aree interessate dall'intervento, le indagini necessarie quali quelle geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche e sono redatti le relative relazioni e grafici;
- b) è redatto un capitolato speciale prestazionale.

"3. Qualora il progetto preliminare è posto a base di gara per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici, deve essere

altresì predisposto un piano economico e finanziario di massima, sulla base del quale sono determinati gli elementi previsti dall'articolo 85, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g) ed h) da inserire nel relativo bando di gara.”.

Orbene ritiene il Collegio che effettivamente il c. 2 del citato art. 18 si applichi nella procedura di project financing sin dall'inizio, cioè anche nella fase di individuazione della proposta ritenuta fattibile e rispondente all'interesse pubblico e non solo in quella successiva relativa allo svolgimento della gara per l'affidamento della concessione. Ciò discende necessariamente dalla centralità del ruolo che il progetto preliminare riveste nell'ambito della procedura di project financing, per come sopra evidenziato (così T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 05 giugno 2006, n. 1313; v. anche Cons. di Stato, Sez. V, 9 maggio 2006, n. 2535).

Invero, la ratio del c. 2 (così come quella del c. 3) è proprio di dare un supporto normativo a quel concetto di “flessibilità” del progetto preliminare di cui si è detto retro. Pertanto, quando il progetto preliminare deve essere posto a base di una gara per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici, e ciò avviene in particolare a seguito dell'iniziativa di un promotore nella procedura di project financing, esso deve essere corredato sin dall'origine anche degli elaborati tecnici ivi indicati (fra i quali le relazioni e i grafici relativi alle indagini effettuate sulle aree interessate dall'intervento che siano ritenute necessarie, quali quelle geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche).

Se così non fosse, il progetto preliminare non potrebbe avere quel grado di approfondimento necessario per consentire al competente

istituto di credito di asseverarlo così garantendo all'Amministrazione l'effettiva realizzabilità dell'opera pubblica.

Per quanto attiene alla individuazione di quali siano le "indagini necessarie", laddove nessuna indicazione vi sia nell'avviso di gara, ritiene il Collegio che la valutazione sia rimessa al soggetto promotore tenuto conto degli atti del procedimento (v. studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione), fermo restando il potere della Commissione di richiedere opportune integrazioni (v. infra) e, eventualmente, di valutare negativamente la fattibilità della proposta.

Con riferimento al concetto di "aree interessate dall'intervento", appare chiaro che si deve trattare delle medesime aree che saranno oggetto dei lavori e non di aree limitrofe (indipendentemente dal fatto che si tratti di aree più o meno vicine), ancorché nulla escluda che si possa far ricorso a rilievi, indagini e prove deducibili dalla letteratura o noti attraverso indagini eseguite precedentemente, a condizione che si tratti della "medesima area" (v. d.m. 11 marzo 1988).

In sostanza, per interventi che comportano la realizzazione di opere interrato di notevoli dimensioni, ritiene il Collegio che costituisca intuitiva esigenza di sicurezza, ancor prima che principio desumibile dalla normativa in materia, il fatto che non si possa prescindere dall'esecuzione di carotaggi nella medesima area dove dovrà realizzarsi l'opera al fine di verificarne l'effettiva realizzabilità tenuto conto delle prescrizioni contenute nel preliminare studio di fattibilità approvato dall'Amministrazione interessata.

Si osserva infine che l'art. 37 bis, c. 2 ter, lett. b) l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana, consente all'Amministrazione di chiedere una integrazione dei documenti eventualmente mancanti.

Per una corretta interpretazione della disposizione in esame è necessario coniugare il principio dell'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti (il che è particolarmente importante nella finanza di progetto quale procedimento ad iniziativa dei privati) con quello del rispetto della par condicio: deve pertanto consentirsi un'ampia possibilità di integrazione sotto il profilo formale della documentazione già prodotta, ma non la produzione di documenti senza i quali non è possibile definire la connotazione soggettiva ed oggettiva della proposta.

La possibilità che la proposta sia integrata su richiesta dell'Amministrazione interessata costituisce, come si è già detto, diretta conseguenza del carattere fortemente "collaborativo" della procedura di scelta del promotore, finalizzata a consentire alla stazione appaltante, con ampia discrezionalità, di individuare la proposta più rispondente all'interesse pubblico: ne consegue, pertanto, che non vi è limitazione alle carenze cui l'Amministrazione può ovviare attraverso la menzionata integrazione (così T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 9 marzo 2005, n. 1319; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 1 agosto 2005, n. 3884; T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. II, 30 giugno 2004, n. 1358).

Se ne desume che ben può l'Amministrazione, se anche l'incompletezza permanga in tutto o in parte anche dopo l'integrazione, provvedere ad ulteriori richieste, configurandosi

l'esclusione del proponente come extrema ratio, per il solo caso di carenze non altrimenti colmabili (T.A.R. Puglia-Bari, sez. I, 5 aprile 2006, n. 1117).

La richiesta di integrazione appare quindi sicuramente opportuna ogniqualvolta si sia in presenza non di una totale omissione, ma di una mera incompletezza di un documento presentato, senza che ciò investa il contenuto minimo essenziale dell'offerta (così T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 05 giugno 2006, n. 1313).

Pertanto, laddove la proposta sia del tutto carente del progetto preliminare, essa non potrà essere in alcun modo integrata; laddove invece la proposta sia provvista di progetto preliminare, ma detto progetto non sia completo sotto il profilo della conformità dello stesso allo schema di cui all'art. 18 d.P.R. n. 554/99, si deve ritenere che la richiesta di integrazione sia senz'altro ammissibile (oltre che opportuna), in particolare quando essa deve essere rivolta a tutti i proponenti, così da salvaguardare l'intero procedimento.

Non si ignora quanto affermato nella sentenza del T.A.R. Lombardia (v. T.A.R. Lombardia-Milano, sez. III, 05 giugno 2006, n. 1313) citata dall'ATI Messina nel ricorso introduttivo del giudizio, in ordine al fatto che "la necessaria completezza del progetto preliminare ... comporta che in assenza di elaborati tecnici che ne costituiscono parte integrante non possa procedersi a richiesta di integrazione documentale ai sensi dell'art. 37 bis, comma 2 ter, legge 109/94 dovendosi al contrario ritenere inammissibile la proposta.", ma ritiene il Collegio che il caso di specie fosse oltremodo diverso dal presente, tenuto conto del fatto che in quel caso mancava persino lo studio di prefattibilità ambientale di talché

non era possibile determinare il contenuto minimo essenziale della proposta.

Si osserva infine che caratteristica del project financing è quella che la procedura si conclude con l'affidamento di una concessione.

La concessione di lavori pubblici è un contratto a titolo oneroso avente ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, nonché la loro gestione funzionale ed economica (v. art. 19 l. n. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana).

Esso differisce quindi dall'appalto pubblico per le modalità di determinazione del corrispettivo, costituito unicamente dal diritto di gestire l'opera, ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo (da intendersi come esborso da parte del concedente) (cfr., in argomento: Corte giustizia CE, Sez. II, 27 ottobre 2005, n. 187; Consiglio Stato, Sez. V, 1 agosto 2007, n. 4270; T.A.R. Lazio-Latina, 5 maggio 2006, n. 310).

Il concetto di gestione è sicuramente un concetto che non corrisponde a quello del mero esercizio del servizio, dovendo comprendere tutte le attività che sono suscettibili di produrre un reddito a condizione che si tratti di attività collegate funzionalmente all'opera stessa.

La previsione di un prezzo ricorre, secondo la norma in esame, quando in mancanza il concessionario non potrebbe realizzare l'equilibrio economico-finanziario tra gli investimenti effettuati e la successiva gestione dell'opera, e quindi, ad es. quando vi è la necessità di mantenere basse le tariffe per gli utenti che fanno uso dell'opera stessa.

Il prezzo quindi, pur riducendo il rischio di gestione, non è di per sé incompatibile con l'istituto della concessione a condizione che copra solo una parte del costo dell'opera e della sua gestione e non l'intero o più.

D'altra parte, per come si è evidenziato, il prezzo, quale elemento che potenzialmente riduce il rischio di gestione, è tale se esso proviene dal concedente; se invece esso proviene da un soggetto terzo, il rischio di gestione non è in alcun modo eliminato non essendovi alcuna certezza che vi sarà qualcuno interessato ad acquistare il bene che gli viene offerto.

Per quanto attiene alla durata della concessione, poi, il limite dei trenta anni rappresenta la durata ordinaria.

Detta durata può però essere superata nel caso in cui sia necessario assicurare l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti, nel caso in cui, in sostanza, le tariffe non siano quindi sufficientemente remunerative per ammortizzare il costo dell'opera nell'arco dei trent'anni.

E' quindi il piano economico-finanziario (che dovrà essere quindi richiamato in parte qua nel contratto) a fornire il parametro fondamentale per valutare la durata della concessione, secondo un giudizio di discrezionalità tecnica da parte del concedente che dovrà tener conto delle condizioni di mercato sulla base degli elementi conoscibili al momento della stipula del contratto di concessione (con riferimento a tale valutazione v. T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877).

Alla luce delle superiori premesse in diritto è quindi possibile passare all'esame dei singoli ricorsi.

3. Quanto al ricorso n. 1470/2008, proposto dall'ATI Messina, in ossequio al più recente insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (v. decisione 10 novembre 2008, n. 11), tenuto conto del fatto che a seguito dell'esclusione della proposta Amat dalla procedura compartiva, sono state ammesse a valutazione solo le proposte dell'ATI Messina e dell'ATI Conscoop, ritiene il Collegio che, visto l'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara, debbano essere esaminate tanto le censure dedotte con il ricorso principale (il quale è quindi ammissibile) che quelle dedotte con quello incidentale.

Invero, se detti ricorsi risulteranno entrambi fondati, anche solo in parte, ciò comporterà l'annullamento di tutti gli atti impugnati e, per illegittimità derivata, anche della scelta del promotore, col conseguente obbligo dell'amministrazione di rinnovare la procedura di cui trattasi.

3.1. Alla luce di quanto rilevato, con riferimento all'applicabilità nel procedimento del project financing dell'art. 18 d.P.R. n. 554/99, è da ritenere fondato un profilo che è contenuto sia nel primo motivo del ricorso principale, peraltro riproposto anche per la via dei motivi aggiunti avverso il verbale del 18/6/2008 della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo (Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis ss. l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 18 d.P.R. n. 554/99; eccesso di potere per difetto di istruttoria), che nel primo motivo del ricorso incidentale (Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis ss. l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 18

d.P.R. n. 554/99 e del D.M. 11 marzo 1988; eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria).

S'è visto, invero, che il progetto preliminare posto alla base di una proposta presentata nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 37 bis ss. l. 109/94, per come recepita nella Regione Siciliana, deve essere completo secondo la previsione di cui all'art. 18 del d.P.R. n. 554/99 e quindi deve essere corredato non solo delle indagini geologiche, idrogeologiche e archeologiche preliminari (c. 1, lett. d), ma anche delle relazioni e dei grafici che attestino che sulle aree interessate dall'intervento, sono state effettuate le indagini necessarie quali quelle geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche (c. 2, lett. a) (v. primo motivo del ricorso principale).

Corrisponde altresì al vero che le indagini geologiche e geotecniche devono essere effettuate sulle stesse aree interessate dall'intervento (v. primo motivo del ricorso incidentale).

Rileva il Collegio che né il progetto preliminare presentato dall'ATI Conscoop, né quello presentato dall'ATI Messina appaiono completi sotto i profili indicati, in quanto il primo è del tutto sprovvisto delle relazioni di cui all'art. 18, c. 2, lett. a) (tant'è che tali relazioni sono state richieste dall'Amministrazione comunale dopo la conclusione del procedimento – v. verbali 13/5/2008 e 18/6/2008 delle riunioni tenutesi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo) e il secondo è fornito di una relazione non pertinente in quanto riportante i risultati di indagini non relative alle medesime aree interessate dall'intervento, ma ad aree limitrofe.

Contrariamente a quanto prospettato dalle parti, peraltro, l'Amministrazione comunale ben avrebbe potuto far ricorso, nei confronti di entrambi i proponenti, all'integrazione degli elaborati ai sensi dell'art. 37 bis, c. 2 ter, l. n. 109/94, ma di tale potere avrebbe dovuto avvalersi prima di procedere alla valutazione della fattibilità dei progetti, alla loro comparazione e alla successiva individuazione della proposta ritenuta rispondente all'interesse pubblico e non certo in un momento successivo, sia pur prodromico all'indizione della gara.

L'attività posta in essere dall'Amministrazione in occasione delle riunioni del 13/5/2008 e del 18/6/2008, peraltro, non fa che avvalorare la tesi della necessità che i progetti preliminari nel project financing siano adeguatamente approfonditi. Essa ha costituito quindi il tentativo di colmare un inadempimento relativo ad una fase ormai conclusa del procedimento e come tale non più riapribile se non mediante il ricorso all'autotutela.

Segue da ciò la fondatezza, sia pur nei limiti indicati, tanto del primo motivo del ricorso principale proposto dall'ATI Messina che del primo motivo del ricorso incidentale proposto dall'ATI Conscoop che, in quanto non complete, avrebbero dovuto essere ritenute non fattibili e, per l'effetto, non avrebbero dovuto essere ammesse alla successiva fase di valutazione comparativa.

3.2. Con il secondo motivo del ricorso principale (Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i. sotto diverso profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 19, c. 7, l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 15 e 46 del d.P.R. n. 554/99),

si sostiene, in sostanza che la proposta dell'ATI Conscoop avrebbe dovuto essere ritenuta non fattibile in quanto, ponendosi in contrasto con gli elementi di base stabiliti nello studio di fattibilità, prevede la realizzazione di una struttura di quattro piani interrati di cui tre destinati a parcheggio pubblico, con diritto di superficie per la durata di 30 anni, ed uno destinato a box auto, con diritto di superficie da cedersi a terzi per la durata di 90 anni.

Rileva innanzitutto il Collegio che, contrariamente a quanto prospettato dalla difesa dell'ATI Conscoop con il terzo motivo di ricorso incidentale collegato al secondo motivo del ricorso principale, la censura dedotta dall'ATI Messina non ha ad oggetto il numero di piani da realizzarsi, ma la destinazione di tali piani e la durata di tale destinazione (box auto da cedere a terzi per 90 anni, anziché parcheggio pubblico per 30 anni).

Sotto tale profilo la censura contenuta nel ricorso principale è infondata.

Invero, la destinazione di una parte dell'opera a box auto da cedersi a terzi appare conforme alla natura dell'opera stessa la cui ratio, come si desume da un'attenta lettura dello studio di fattibilità predisposto dal Comune di Palermo, è quella di creare un'"isola ambientale" risolvendo il problema del parcheggio delle autovetture, problema che è tale non solo per chi nell'area sosta per un breve periodo, ma anche per chi, abitandovi, deve fermare l'auto a lungo e può non avere già a disposizione una pertinenza dell'immobile abitato.

D'altra parte, per come evidenziato nella premessa generale in punto di diritto (2.2), la durata della concessione ben può essere

superiore a trenta anni se ciò si giustifica, come nel caso di specie, tenuto conto del piano economico-finanziario dell'opera. Né è previsto il pagamento di alcun prezzo da parte dell'Amministrazione comunale concedente, restando il rischio gestionale interamente collegato alla fruizione dell'opera da parte dei terzi mediante sosta nel parcheggio o acquisto dei box.

Appare fondato invece il terzo motivo di ricorso incidentale (Violazione e falsa applicazione, sotto diverso profilo, degli artt. 37 bis e 37 ter l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i., nonché dell'art. 46 d.P.R. n. 554/99; eccesso di potere per difetto dei presupposti), connesso (ancorché in base ad una errata prospettazione) al secondo motivo del ricorso principale. Con tale censura si rileva che la proposta dell'ATI Messina non è conforme allo studio di fattibilità, prevedendo tre piani interrati, anziché due.

Invero, per come evidenziato in motivazione nella premessa relativa allo svolgimento dei fatti (2.1), l'Amministrazione comunale si è autovincolata nello studio di fattibilità ambientale affermando quanto segue: "l'esame della carta delle pericolosità geologiche di corredo del p.r.g. indica che una porzione di Piazzale Ungheria è interessata da cedimenti e rilassamenti del suolo, sprofondamenti e crolli per la presenza di cavità sotterranee (cave a galleria e a pozzo e pilastri); ... per progettare le strutture fondanti, si dovrà tener conto della vicinanza delle fondazioni degli edifici vicini; ... particolare attenzione deve essere posta nella realizzazione di uno scavo in un'area perimetrata da portici sormontati da oltre cinque piani di costruzione; ...in merito all'attento studio delle fondazioni dei

portici esistenti, si è arrivati alla conclusione che si possono interrare solo un paio di piani al di sotto del piano stradale esistente”.

Segue da ciò che effettivamente non si comprende come una proposta che presenti la realizzazione di tre piani interrati (vale a dire, uno in più del massimo previsto dallo studio di fattibilità del Comune) possa essere ritenuta de plano fattibile.

3.3. Con il terzo motivo del ricorso principale (Violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis e 37 quater l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell’art. 19, c. 7, l. n. 109/94, come recepita dalla l. n. 7/02 e s.m.i., sotto diverso profilo) si lamenta che nella proposta dell’ATI Conscoop la manutenzione delle opere in superficie viene posta a carico del Comune senza alcun onere gestionale per l’ATI stessa.

Tale censura appare infondata, tenuto conto del fatto che le opere in superficie sono destinate a spazio pedonale e verde pubblico e quindi nulla hanno a che vedere con il parcheggio, la cui gestione effettivamente ricade sul solo soggetto proponente.

3.4. Per quanto attiene agli ulteriori profili del primo motivo del ricorso principale e di quello incidentale nonché alle ulteriori censure dedotte nel ricorso incidentale (v. secondo e quarto motivo) ritiene il Collegio di poter prescindere dal loro esame tenuto conto del fatto che si tratta di censure che involgono questioni di ordine tecnico non suscettibili di valutazione rispetto a progetti incompleti ed in assenza di una adeguata istruttoria ritenuta allo stato ultronea tenuto conto della natura pregiudiziale ed assorbente delle censure accolte di entrambi i ricorsi.

Per quanto attiene al ricorso r.g. n. 1470/2008 devono pertanto essere accolti, ancorché solo in parte, tanto il ricorso principale che quello incidentale.

4. Quanto al ricorso n. 1590/2008, proposto dall'AMAT: con un unico motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter l. n. 109/94, come recepita dalla l.r. n. 7/02 e s.m.i., nonché dell'art. 1, c. 1, della l. n. 241/90 e s.m.i.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, della motivazione, travisamento dei fatti e carenza dei presupposti, illogicità ed ingiustizia manifesta, violazione del principio di proporzionalità e dei criteri di par condicio e di trasparenza propri del procedimento di gara) si lamenta che l'esclusione della proposta presentata dall'Amat scaturisce da rilievi e considerazioni del tutto infondati che non costituiscono certo il frutto di una attenta e ponderata valutazione dei parametri di carattere urbanistico, ambientale, progettuale, funzionale, di fattibilità, di economicità, etc. che rappresentano la base di valutazione delle proposte.

Si prospetta che siano prive di fondatezza le contestazioni mosse al progetto della ricorrente, tanto sotto il profilo tecnico che sotto quello economico-finanziario e si sostiene che comunque dette contestazioni avrebbero potuto essere superate mediante la richiesta di chiarimenti ed approfondimenti.

Si afferma, infine, essere palese la violazione del principio della par condicio atteso che anche nel progetto prescelto sono rilevabili varie criticità (v. quattro piani interrati rispetto ai due previsti dallo studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione comunale; mancata adeguata ponderazione dell'aspetto geologico e geotecnico, anche

con riferimento all'esistenza delle fondazioni degli edifici che circondano P.le Ungheria), ma esso non è stato certo escluso.

Ritiene il Collegio che le censure dedotte siano infondate.

Ed invero va considerato in via preliminare che il giudizio di non fattibilità contenuto nel verbale del 6/3/2008 risulta sorretto da una pluralità di profili motivazionali, di talché appare sufficiente individuarne uno legittimo al fine di preservare in toto il giudizio conclusivo adottato dalla Commissione.

Va rilevato quindi che dalla lettura del piano economico finanziario allegato alla proposta Amat emerge che l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento viene assicurato oltre che mediante la gestione del parcheggio multipiano, anche mediante la gestione di aree limitrofe a raso terra, situate nelle zone a traffico limitato, corrispondenti a circa n. 600 posti auto da adibire a parcheggio a rotazione, sottraendole peraltro ad altro gestore.

Tale circostanza non è contestata da parte ricorrente, la quale anzi sostiene che la proposta è volta a ristabilire la par condicio con i potenziali concorrenti.

Orbene, ritiene al contrario il Collegio che detta circostanza di per sé giustifichi la valutazione di non fattibilità estrinsecata dalla Commissione nel verbale del 6/3/2008.

Invero, l'equilibrio economico finanziario dell'opera deve essere assicurato in conformità allo studio di fattibilità approvato dall'Amministrazione comunale che nulla dispone quanto all'utilizzo di aree diverse da quella che dovrebbe essere interessata dalla realizzazione del parcheggio multipiano.

Né la questione avrebbe potuto essere superata mediante la richiesta di chiarimenti ed approfondimenti, in quanto si sarebbe in realtà trattato di chiedere all'Amat non di completare la proposta producendo un documento mancante, ma di presentare un progetto "qualitativamente diverso" e, il che, per come evidenziato nella premessa generale in punto di diritto (2.2), non è ammissibile.

Corrisponde peraltro al vero ad avviso del Collegio che il progetto presentato dall'ATI Conscoop presenta vari punti di criticità, come si dirà al punto 5 della motivazione, in sede di esame del ricorso n. 1655/2008, ma la censura non è di per sé sufficiente a consentire l'accoglimento del ricorso il quale è volto ad ottenere l'ammissione della proposta Amat alla fase della comparazione, il che, per come evidenziato, non è possibile, trattandosi di proposta comunque difforme dallo studio di fattibilità.

Il ricorso r.g. n. 1590/2008 deve pertanto essere rigettato.

5. Quanto al ricorso n. 1655/2008, vanno preliminarmente rigettate le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa dell'ATI Conscoop e del Comune di Palermo circa l'asserita carenza di legittimazione attiva ed interesse dei ricorrenti (il Condominio di P.le Ungheria, n. 73 e l'avv. Benedetto Caramanna).

Invero, risulta provato in atti, da un lato, che il Condominio di P.le Ungheria, n. 73, altro non è che il grattacielo ex I.N.A. le cui fondazioni costituiscono uno dei limiti dell'area di intervento per la realizzazione del parcheggio, peraltro più volte citato nello stesso studio di fattibilità del Comune e, dall'altro lato, che l'avv. Benedetto Caramanna (v. documenti allegati alla memoria di parte ricorrente depositata in data 17/5/2009) altri non è se non il

proprietario di uno degli appartamenti situati all'interno del grattacielo.

Con verbale dell'assemblea di Condominio del 19/6/2008 l'Amministratore è stato autorizzato ad agire in giudizio a tutela degli interessi del Condominio stesso in relazione ai "pericoli che potrebbero derivare" dalla realizzazione del parcheggio sotterraneo secondo il progetto approvato dal Comune di Palermo.

Orbene, poiché l'intervento edilizio di cui trattasi è destinato necessariamente ad interessare l'area nella quale insistono le fondazioni del grattacielo ex I.N.A., da ciò ne consegue che tanto il Condominio, in persona del suo Amministratore, all'uopo regolarmente autorizzato ad agire, che ciascun proprietario di immobile situato all'interno del grattacielo, sono legittimati ad impugnare la delibera di approvazione del progetto.

D'altra parte, non può essere condiviso l'assunto che le doglianze siano inammissibili in quanto tardivamente proposte avverso un atto meramente consequenziale di un precedente provvedimento lesivo quale sarebbe il programma triennale delle opere pubbliche.

Invero, come si desume in particolare dal primo motivo di doglianza, l'interesse al ricorso (quale lesione concreta ed attuale della sfera dei ricorrenti connessa all'utilità che ad essi potrebbe derivare dall'annullamento degli atti impugnati), è sorto in relazione alle caratteristiche specifiche del progetto approvato (costituito da quattro piani interrati), ritenuto difforme dallo studio di fattibilità redatto dal Comune di Palermo.

Ciò posto è possibile passare all'esame del merito del ricorso.

5.1. Con il primo motivo (Violazione e falsa applicazione delle II.rr. n. 7/02 e n. 7/03; eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento e della contraddittorietà), riproposto anche per la via dei motivi aggiunti avverso il verbale del 13/5/2008 della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo, si lamenta in sostanza una difformità tra lo studio di fattibilità propedeutico all'opera di cui trattasi predisposto dal Comune di Palermo - che prevede la possibilità di interrare "solo un paio di piani al di sotto del piano stradale esistente" -, e il progetto preliminare prescelto, che prevede invece che venga realizzata una struttura costituita da quattro livelli completamente interrati.

Si sostiene che il progetto prescelto non sia fattibile tenuto conto dello studio preliminare approvato dal Comune di Palermo che recita:

- sulla base delle relazione geologica propedeutica emerge la presenza di una falda freatica entro i 10 m di profondità;
- l'esame della carta delle pericolosità geologiche di corredo del p.r.g. indica che una porzione di Piazzale Ungheria è interessata da cedimenti e rilassamenti del suolo, sprofondamenti e crolli per la presenza di cavità sotterranee (cave a galleria e a pozzo e pilastri).

Ritiene il Collegio che le censure dedotte meritino di essere condivise.

Invero, per come esposto ampiamente nel punto 2.2 che precede, lo studio di fattibilità approvato dal Comune di Palermo nel maggio del 2006 costituisce la "cartina di tornasole" per la valutazione della fattibilità dell'opera, tant'è che lo stesso R.U.P. e la Commissione di

valutazione hanno fatto riferimento ai dati in esso contenuti per individuare gli elementi per la valutazione delle proposte.

L'Amministrazione comunale, tenuto conto dello stato dei luoghi, ha ritenuto di limitare la realizzabilità del parcheggio interrato ad "un paio" di piani.

Non può certo negarsi che la locuzione usata ("un paio") non sia delle più precise da un punto di vista tecnico, tale essendo la natura del documento (lo studio di fattibilità) nel quale essa è contenuta. Infatti, tale espressione non individua un univoco parametro di riferimento, ma consente comunque di ritenere che la valutazione di fattibilità di una proposta che di piani ne prevede ben quattro non può essere immune dai vizi logici dedotti dai ricorrenti.

Sostiene la difesa dell'ATI Conscoop che la presenza di una falda freatica non incide sulla realizzabilità dell'opera e che il quadro geologico delineato dai ricorrenti risulta di fatto smentito dall'aggiornamento del P.R.G. (variante approvata con delibera 7/2004), dal Piano di Assetto Idrogeologico approvato in data 20/6/2004 e dal successivo Piano di Assetto Idrogeologico approvato in data 23/3/2007, che escludono che l'area destinata al parcheggio sotterraneo sia interessata dalla presenza di cavità.

Ritiene al contrario il Collegio che ancorché astrattamente le argomentazioni dell'abile difesa dell'ATI Conscoop possano apparire condivisibili, esse tuttavia urtano contro un preciso dato di fatto, vale a dire che, in sostanza, laddove il Comune di Palermo avesse ritenuto di far proprie le conclusioni asseritamente contenute nella variante del P.R.G. e nel P.A.I. del 2004, avrebbe dovuto approvare uno studio di fattibilità che di tali risultanze avesse dato

atto e, per l'effetto, avrebbe dovuto prospettare la realizzabilità di un parcheggio interrato di ben più del "paio" di piani ritenuti compatibili con l'area di cui trattasi: ciò non è accaduto.

Il Comune di Palermo si è autovincolato approvando lo studio di fattibilità il cui contenuto è stato più volte ricordato in motivazione, né ha ritenuto di modificarlo successivamente, ed anzi lo ha preso quale parametro di riferimento per la determinazione degli elementi e dei pesi ponderali per la comparazione delle proposte; esso doveva costituire quindi necessariamente anche il parametro per la valutazione di fattibilità di tutte le proposte presentate. Ciò peraltro doveva accadere prima dell'approvazione del progetto da porre successivamente a base della gara per l'affidamento della concessione (il che è stato invece solo per quanto attiene alla proposta dell'Amat).

Al contrario il Comune, con riferimento alla proposta dell'ATI Conscoop, ha di fatto provveduto a giudicarla fattibile senza avere tutti gli elementi necessari, come dimostra il contenuto del verbale della riunione tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo in data 13/5/2008 in occasione della quale è stato chiesto al promotore di produrre una relazione sull'approccio strutturale atta a comprovare la fattibilità dei quattro piani interrati.

Segue da ciò la fondatezza del primo motivo di ricorso.

5.2. Con il secondo motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione della l. 241/90 e s.m.i.; eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento), si lamenta che il Condominio del grattacielo ex I.N.A., che chiude uno dei lati del rettangolo di P.le Ungheria, e coloro che in detto Condominio abitano, avrebbero

dovuto ricevere la comunicazione di avvio del procedimento relativo alla realizzazione dell'opera di cui trattasi, in quanto il progetto preliminare approvato, va a sfiorare le fondamenta del grattacielo.

Ritiene il Collegio che la censura non meriti di essere condivisa.

Invero, l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento sussiste in quanto il provvedimento finale possa produrre effetti diretti nella sfera degli interessati (ad es. perché comportante l'apposizione di un vicolo preordinato all'esproprio).

Nel caso di specie gli effetti di cui trattasi sono invece riflessi e/o indiretti, in quanto attengono alle particolari caratteristiche tecniche del progetto approvato (caratteristiche necessariamente non conosciute dall'Amministrazione comunale al momento dell'avvio del procedimento) in relazione alle quali si paventa un pericolo per le fondazioni del grattacielo ex I.N.A., tenuto conto del contenuto dello studio di fattibilità redatto dal Comune di Palermo.

Il ricorso r.g. n. 1655/2008 deve pertanto essere accolto, ancorché solo in parte.

6. Segue dalle considerazioni che precedono che:

6.1. quanto al ricorso r.g. n. 1470/2008:

a) deve essere accolto, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso principale e, per l'effetto devono essere annullati la delibera di G.M. n. 84/2008 e gli annessi verbali, nella parte in cui la proposta dell'ATI Conscoop è stata ritenuta fattibile ed ammessa a valutazione comparativa, nonché il verbale della riunione del 18/6/2008 tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del

Comune di Palermo, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti del Comune di Palermo;

b) deve essere accolto, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso incidentale, e, per l'effetto, devono essere annullati la delibera di G.M. n. 84/2008 e gli annessi verbali, nella parte in cui la proposta dell'ATI Messina è stata ritenuta fattibile ed ammessa a valutazione comparativa, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti del Comune di Palermo;

6.2. quanto al ricorso r.g. n. 1590/2008, esso deve essere rigettato;

6.3. quanto al ricorso r.g. n. 1655/2008, esso deve essere accolto, nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto devono essere annullati la delibera di G.M. n. 84/2008 e il verbale della riunione del 13/5/2008 tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo.

7. Con riferimento alle spese:

a) quanto al ricorso n. 1470/2008, tenuto conto della parziale soccombenza reciproca dell'ATI ricorrente e di quello controinteressato e della parziale novità delle questioni trattate, si ritiene di poterle integralmente compensare tra le parti;

b) quanto al ricorso n. 1590/2008, tenuto conto della parziale novità delle questioni trattate, si ritiene di poterle integralmente compensare tra le parti;

c) quanto al ricorso n. 1655/2008, tenuto conto della parziale soccombenza reciproca e della parziale novità delle questioni trattate, si ritiene di poterle integralmente compensare tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Sede di Palermo, Sezione terza, definitivamente pronunciando, previa riunione, sui ricorsi r.g. nn. 1470/2008, 1590/2008 e 1655/2008, proposti, come in epigrafe:

1) quanto al ricorso r.g. n. 1470/2008:

1.1. accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso principale proposto dall'ATI Messina Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo di una costituenda ATI con la Generali Iacopelli s.r.l. e la No Problem Parking s.r.l. e, per l'effetto, annulla la delibera di G.M. n. 84/2008 e gli annessi verbali, nella parte in cui la proposta dell'ATI Conscoop è stata ritenuta fattibile ed ammessa a valutazione comparativa, nonché il verbale della riunione del 18/6/2008 tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti del Comune di Palermo;

1.2. accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso incidentale proposto dall'ATI Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro – Conscoop - Final s.p.a. - Apcoa Parking Italia s.p.a. e, per l'effetto, annulla la delibera di G.M. n. 84/2008 e gli annessi verbali, nella parte in cui la proposta dell'ATI Messina è stata ritenuta fattibile ed ammessa a valutazione comparativa, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti del Comune di Palermo;

1.3. compensa integralmente fra le parti le spese e gli onorari del giudizio;

2) quanto al ricorso r.g. n. 1580/2008, proposto da Amat Palermo s.p.a.:

2.1. lo rigetta;

2.2. compensa integralmente fra le parti le spese e gli onorari del giudizio;

3) quanto al ricorso r.g. n. 1655/2008, proposto dal Condominio di Piazzale Ungheria n. 73 – Palermo, in persona dell'Amministratore pro tempore oltre che dall'avv. Benedetto Caramanna:

3.1. lo accoglie nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla la deliberazione della Giunta Municipale del Comune di Palermo, n. 84 del 18/4/2008, nonché il verbale della riunione del 13/5/2008 tenutasi presso l'Ufficio delle opere pubbliche del Comune di Palermo;

3.2. compensa integralmente fra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Anna Pignataro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 07/07/2009

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

IL SEGRETARIO