

N. 01239/2010 REG.SEN.

N. 00857/2006 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 857 del 2006, proposto da: Coghi Costruzioni Edili S.p.a. in proprio e quale capogruppo di una costituenda associazione temporanea di imprese con l'impresa Edile Scattolini Foroncelli Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio eletto presso Domenico Bezzi in Brescia, via Cadorna, 7;

contro

Comune di Mantova, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Onofri, con domicilio eletto presso Giuseppe Onofri in Brescia, via Ferramola, 14;

per l'annullamento

- della delibera della giunta comunale di Mantova n. 70 del 28 marzo 2006 di annullamento della precedente delibera n. 104 del 15 marzo 2005 avente ad oggetto "Dichiarazione di pubblico interesse

dell'opera relativa alla costruzione della nuova sede degli Uffici Comunali a Porta Mulina", comunicata mediante raccomandata del 6 aprile 2006, pervenuta il 14 aprile 2006;

- della deliberazione del Consiglio comunale di Mantova, n. 19 del 29 marzo 2006, limitatamente alla parte in cui esclude dalla programmazione triennale 2006-2008 delle opere pubbliche l'intervento relativo alla costruzione della nuova sede degli Uffici comunali a Porta Mulina per il tramite del ricorso alla finanza di progetto;

- di tutti gli atti presupposti e conseguenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Mantova;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 7/06;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato il raggruppamento ricorrente espone che, in data 15 dicembre 2004, con deliberazione n. 118, il Consiglio comunale di Mantova approvava il bilancio di previsione 2005, il programma triennale delle opere pubbliche 2005-2007 e l'elenco annuale di esse per l'anno 2005, prevedendovi anche la costruzione della nuova sede degli uffici comunali a Porta Mulina,

mediante ricorso allo strumento della finanza di progetto di cui all'art. 37 bis della legge n. 109 del 1994. Ciò in ragione dell'avvenuta presentazione, da parte del raggruppamento ricorrente, di una proposta di finanza di progetto in risposta all'avviso pubblico di scelta del promotore del 18 maggio 2004, poi affinata di concerto con il Comune.

All'adozione di tale atti programmatici faceva seguito la deliberazione della giunta comunale n. 104 del 15 marzo 2005, di dichiarazione dell'interesse pubblico della proposta presentata dal promotore ed indizione della gara. Alla pubblicazione del bando faceva quindi seguito, così come risultante dalle stesse premesse dell'atto impugnato e contrariamente a quanto asserito da parte ricorrente, la presentazione di due richieste di partecipazione, che, però, non sono state mai fatte oggetto di valutazione.

Nel 2006, infatti, cambiava la compagine amministrativa a guida del Comune di Mantova e la nuova Giunta insediatasi si determinava ad abbandonare il project financing (deliberazione n. 70/06) e all'adozione del piano delle opere pubbliche per l'anno 2006 riportando nello stesso l'intervento in questione non più come tra quelli oggetto di finanza di progetto, bensì tra quelli a totale capitale pubblico, svincolato dalle modalità di gestione.

Il raggruppamento capeggiato dalla Coghi Costruzioni Edili s.p.a., partecipava ai procedimenti preordinati all'approvazione degli atti suddetti a seguito del ricevimento dell'avviso dell'avvio del procedimento di annullamento della deliberazione n. 104 del 2005 con cui si era dato corso alla dichiarazione di pubblico interesse dell'intervento in project financing. Esso presentava osservazioni,

che, però, non venivano assunte in alcun conto dal Consiglio comunale, il quale approvava il piano delle opere pubbliche 2006 (e quello per il triennio 2006-2008) nei termini sopra detti.

Preso atto che la deliberazione n. 70 del 2006 di annullamento del project finance relativo alla costruzione dei nuovi uffici comunali di Porta Mulina poggiava sulla presunta "assenza di trasferimento del rischio di gestione sul soggetto privato coinvolto, futuro concessionario, come anche l'assenza di una chiara identificazione e qualificazione di service provision", che il Comune desumeva dal parere acquisito (ai sensi dell'art. 7 della legge n. 144 del 1999) dall'Unità tecnica di progetto costituita presso il CIPE (di seguito UTPF), il promotore impugnava gli atti ritenuti lesivi, deducendo:

a) con riferimento alla deliberazione n. 70 del 2006:

1. violazione dei principi in tema di autotutela, carenza di motivazione, violazione del principio comunitario di tutela dell'affidamento, violazione degli artt. 28 octies e nonies della legge n. 241/90, nonché degli artt. 19 e 37 bis del d. lgs. 109/94. Secondo parte ricorrente il Comune avrebbe dovuto valutare meno acriticamente il vizio di legittimità individuato dal Segretario comunale, prendere atto delle legittime aspettative del promotore, riconoscere il valore consolidante della dichiarazione di pubblico interesse, ravvisare l'assunzione dell'alea dell'operazione in capo al promotore. Nel suo operato il Comune non avrebbe, invece, valutato alcun pubblico interesse concreto ed attuale all'annullamento degli atti precedentemente adottati e comunque non avrebbe dato conto di tale valutazione, incorrendo nel vizio di carenza di motivazione. Invero, evidenzia parte ricorrente, una

deroga all'obbligo di motivazione potrebbe derivare dalla necessità di evitare che risorse finanziarie siano sottratte irreversibilmente da finalità strettamente pubblicistiche e destinate a vantaggio di soggetti privati privi di requisiti per acquisirle (in analogia a quanto accade nella revoca dei contributi pubblici). Condizione che, però, non ricorrerebbe nel caso di specie, atteso che le risorse sarebbero impiegate per la realizzazione di un'opera pubblica e che non è ravvisabile un permanente turbamento dell'ordine pubblico ed inoltre non si configurerebbe l'asserito minor esborso che ne deriverebbe in capo al Comune di Mantova, dal momento che l'intero costo di realizzazione dell'intervento graverebbe, nel nuovo piano, sull'ente ed inoltre non si configurerebbe l'asserito minor esborso che ne deriverebbe in capo al Comune di Mantova, dal momento che l'intero costo di realizzazione dell'intervento graverebbe, nel nuovo piano, sull'ente.

Al contrario i provvedimenti impugnati lederebbero la legittima aspettativa ingenerata nel promotore con la dichiarazione di interesse pubblico, in violazione dei principi comunitari, di diritto comune, di correttezza e buona fede.

Essi, inoltre, sarebbero carenti, in ordine alla presenza di un interesse pubblico concreto ed attuale inequivocabilmente richiesto dall'art. 21 nonies della legge n. 241/90 a legittimazione dell'autoannullamento. Né potrebbe rilevare, al fine di superare tale profilo, il richiamo all'art. 1, comma 36 della legge n. 311 del 2004, la quale prevede la possibilità dell'annullamento d'ufficio a fronte di provvedimenti amministrativi che determinino un illegittimo esborso di denaro pubblico: tale norma opererebbe solo "al fine di

conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche”, presupposto e condizione che non ricorrerebbero nel caso di specie.

Non sarebbero, inoltre, ravvisabili le presunte violazioni degli articoli 19, commi 2 e 2 bis 3 ter e 37 bis della legge 109/94 invocate dall'Amministrazione al fine di giustificare l'annullamento. Precisato che l'esatta misura dell'alea economico-finanziaria a carico del promotore sarebbe stata determinata solo nella fase successiva della gara, secondo il raggruppamento ricorrente essa sarebbe comunque stata, fin dall'origine, a carico del promotore;

2. violazione degli artt. 7 e ss. della legge n. 241/90, per non avere, il Comune, tenuto in alcun conto le osservazioni presentate dall'odierno ricorrente;

b) con riferimento alla deliberazione n. 19 del 2006:

3. violazione del diritto alla partecipazione al procedimento, sia per aver omesso di tenere conto delle osservazioni presentate dopo la pubblicazione dello schema di programma, sia per non aver preventivamente provveduto ad informare gli odierni ricorrenti della volontà di rinunciare alla finanza di progetto per l'intervento in questione.

Parte ricorrente formulava, quindi, una domanda risarcitoria, volta ad ottenere il risarcimento del grave danno patito, il quale andrebbe ben oltre le spese per la predisposizione della proposta, che lo stesso Comune riconosce (nel parere del Segretario che corredata la deliberazione n. 70/06) come dovute nella misura del 2,5 % del complessivo importo dell'intervento (pari a 150.699 euro).

La dichiarazione di pubblico interesse e l'indizione della gara avrebbero, infatti, ingenerato un forte affidamento nel raggruppamento ricorrente, rispetto alla lesione del quale sussisterebbe la colpa dell'Amministrazione, non essendo state ravvisate quelle concrete ragioni di pubblico interesse che in linea di principio legittimerebbero l'ente a non procedere all'aggiudicazione. Colpevolmente, quindi, il Comune avrebbe indotto il promotore per un lungo percorso volto ad affinare i contenuti della proposta e, nel momento dell'accettazione della proposta definitiva, avrebbe determinato il sorgere di un obbligo preliminare a contrarre o meglio a condurre le trattative nel rispetto della buona fede e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato con le trattative. Affidamento che, nel caso di specie, sarebbe ancora più fondato in ragione delle particolari modalità procedurali seguite che hanno condotto ad un rapporto diretto con l'Amministrazione.

L'elemento soggettivo della responsabilità sarebbe individuabile, secondo parte ricorrente, nel fatto stesso che nessuna disposizione di legge autorizzava l'esercizio dell'autotutela nel caso di specie e comunque sarebbe in re ipsa, qualificandosi la responsabilità dell'Amministrazione come una responsabilità da contatto: responsabilità che deriva dalla legittima aspettativa del privato che entra in contatto con l'Amministrazione, che questa agisca in conformità alla legge, a prescindere da ogni dimostrazione della colpa dell'apparato burocratico. Spetterebbe, quindi, al Comune, dimostrare l'assenza di colpa.

Potendosi, quindi, ritenere già dimostrata, in ragione di quanto sopra esposto, l'esistenza di tutti gli elementi della responsabilità, il

raggruppamento ricorrente formulava in prima battuta la richiesta di risarcimento in forma specifica mediante l'affermazione dell'obbligo del Comune a contrarre. In subordine parte ricorrente chiede il risarcimento del danno da perdita di chance, quantificando il danno emergente nel 2,5 % dell'ammontare del costo dell'intervento, mentre il lucro cessante sarebbe pari alla perdita del guadagno (o della sua occasione) connesso all'esecuzione del contratto, corrispondente, in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 – all. F, nel 10 % del valore dell'appalto o meglio dell'importo posto a base d'asta: criterio, quest'ultimo ripreso anche dall'art. 37 septies laddove disciplina il risarcimento del danno dovuto in caso di risoluzione della concessione per inadempimento del concedente o revoca per motivi di interesse pubblico, rapportandolo al 10 % delle opere ancora da eseguire.

Si costituiva in giudizio il Comune, il quale, in primo luogo, formulava delle precisazioni in fatto, evidenziando come le opere in questione fossero parte di un Piano Particolareggiato che prevedeva, oltre alla realizzazione dei nuovi uffici comunali, anche la costruzione di edifici di proprietà dell'impresa Scattolini & Foroncelli s.r.l., previa permuta di terreni con il Comune, la quale non è mai intervenuta.

Peraltro, la proposta da ultimo elaborata, escludeva la destinazione di una parte dell'immobile destinato ad uffici pubblici a servizio di ristorazione, sportello bancario e sportelli da riservare ad altri enti, come originariamente richiesto nell'avviso indicativo del Comune. Per i due piani di autorimesse interrato, invece, era stata concordata la realizzazione per stralci funzionalmente autonomi.

Ciò precisato, l'adozione della censurata delibera di Giunta n. 70/06, veniva fondata sui presupposti così sintetizzati dall'Amministrazione nella propria memoria difensiva:

- alla licitazione privata hanno partecipato solo due imprese;
- l'UTFP, all'uopo richiesta di una consulenza, ha espresso parere negativo, evidenziando la violazione degli artt. 19 e 37 per il mancato trasferimento sul soggetto privato del rischio e la mancata individuazione dei servizi da fornire;
- il Segretario comunale ha espresso parere negativo sull'attuazione del progetto mediante project financing, ravvisando plurime ragioni di interesse pubblico all'annullamento della deliberazione n. 104/06;
- gli artt. 21 octies e nonies della legge n. 241/90 consentano l'annullamento in autotutela;
- quest'ultimo è legittimato dall'art. 1 comma 136 della legge n. 311/04, anche al solo fine di conseguire risparmi e minori oneri finanziari, nell'arco di tre anni dall'adozione dei provvedimenti illegittimi. Risparmio che nel caso di specie ammonterebbe a 19.828.278,00;
- il bando stesso della licitazione, al punto V.3 lett. g) riservava al Comune la facoltà di non procedere all'aggiudicazione della concessione, senza possibilità per i partecipanti di avanzare pretese o diritti in merito;
- il progetto posto in gara risultava essere privo dei pareri preventivi delle autorità competenti, quali ASL, Vigile del Fuoco ecc;
- l'interesse pubblico risulterebbe, quindi, prevalente rispetto a quello privato.

In ragione di tutto ciò, considerato il costo dell'opera e la ripartizione dello stesso, a fronte di un contributo pari al solo 24,84 % del costo (5.615.597,00 Euro), il promotore avrebbe goduto dei suoi frutti per 28 anni, ricavandone 8.400.000 Euro; tale ricavo sarebbe altresì aumentato dal ridotto effettivo costo dei lavori (quantificato in sede di gara) e dall'utile al trentesimo anno, quantificato dal promotore in Euro 195.280. A tutto ciò si aggiunge la cessione, da parte del concessionario a favore della società Mantova Parking del Comune, di circa 200 posti auto per una cifra non superiore a 5.671.272,00 Euro. Per il Comune, invece, l'operazione avrebbe significato, in aggiunta al costo iniziale di 17 milioni (oltre all'IVA, non recuperabile), un costo di ulteriori 8.400.000 euro (soggetti ad IVA al 20 %) per la disponibilità di un'immobile già di sua proprietà, ottenendo un risparmio (nominale) di soli 5.615.597,00 Euro su di un totale preventivato di 22.615.697,26.

In punto di diritto l'Amministrazione poneva in evidenza come l'istituto del project financing presupponga, se non l'assunzione del costo dell'opera a totale carico del promotore, quantomeno la prevalenza dello stesso in capo a quest'ultimo (opere c.d. tiepide). Nel caso di specie l'istituto risulterebbe completamente snaturato, essendo il costo sostenuto dal promotore pari al solo 24,84 % di quello totale dell'opera. Peraltro, anche se di project financing si trattasse, la dichiarazione di pubblico interesse non avrebbe comunque costituito alcun vincolo contrattuale, tant'è che lo stesso bando di gara prevede la facoltà per il concedente "di non procedere all'aggiudicazione della concessione oggetto del presente

bando, senza possibilità per i concorrenti di avanzare alcuna pretesa o diritto in merito". Sarebbero, quindi, prive di fondamento, secondo parte resistente, le censure volte a dimostrare l'esistenza di un legittimo affidamento e la sua colpevole lesione da parte del Comune, così escludendosi ogni pretesa al risarcimento del danno.

A tale proposito l'Amministrazione evidenziava come parte ricorrente pretendesse il risarcimento del lucro cessante pur non potendosi configurare alcuna responsabilità contrattuale, ma, semmai, solo precontrattuale, con conseguente esclusione della risarcibilità dell'interesse negativo. In ogni caso il Comune escludeva anche il rimborso delle spese pari al 2,5 % dell'importo dell'intervento, atteso che non si è mai addivenuti alla conclusione della gara, la quale è stata abbandonata prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta e quindi non si sarebbe perfezionata la condizione cui la legge subordina il rimborso.

Peraltro una violazione della buona fede sarebbe da escludersi, poiché le lacune del progetto sopra evidenziate sarebbero frutto di una non corretta elaborazione dello stesso da parte del promotore.

Nessun indennizzo, quindi, sarebbe dovuto al raggruppamento ricorrente, non essendo stato instaurato, a monte, alcun rapporto negoziale.

Da ultimo il Comune contestava la carenza di interesse al ricorso e quindi l'ammissibilità dello stesso, atteso che l'Amministrazione ha deciso di non fare più ricorso all'istituto stesso del project financing, per cui non vi sarebbe più una posizione di promotore da far valere.

In vista della pubblica udienza, entrambe le parti depositavano memorie nelle quali ribadivano quanto già precedentemente affermato.

Alla pubblica udienza del 25 febbraio 2010 la causa, su conforme richiesta dei procuratori della parti, veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Appare opportuno premettere che, secondo parte ricorrente, quella in esame, sarebbe un'ipotesi particolare di project financing, non del tutto ortodossa (secondo i canoni del modello anglosassone), che prevede la realizzazione di una nuova sede di uffici comunali, con esclusione di servizi accessori (come ristorazione, sportello bancario ecc., originariamente previsti nel bando) e la costruzione di due piani interrati destinati ad autorimesse (di cui 200 da cedere alla società Mantova Parking), i quali sono destinati ad occupare quasi tutta l'area interessata dal piano particolareggiato nel quale si inserisce l'edificio in questione.

Non si tratterebbe, quindi, di un'ipotesi tipica di project financing in cui è prevista la remunerazione diretta e piena del servizio da parte del terzo utente, tramite tariffa, ma dell'idea di fare realizzare al terzo un intervento che non presenta possibilità di conseguimento di utili, la quale integrerebbe un'ipotesi di project finance "spuria" (c.d. opere tiepide), cioè caratterizzata da un intervento pubblico senza alcun limite quantitativo di partecipazione, dovendo il concedente assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione.

Ciò chiarito, ancora in punto di fatto si deve evidenziare che dal Piano finanziario dell'opera si evince come l'investimento complessivo previsto fosse pari ad Euro 22.615.597,26. A carico del Comune dovevano rimanere il prezzo/contributo di Euro 17.000.000, oltre al pagamento di un canone annuo di 300.000 Euro per ventotto anni quale corrispettivo di ogni onere manutentivo e quant'altro occorrente per il pieno godimento dell'immobile; il ricavato della gestione della parte dell'edificio adibita ad attività commerciale, che avrebbe dovuto andare a favore del solo concessionario, risulta, invece, quantificato, a fine concessione, in Euro 195.280.

L'operazione, infine, prevedeva la cessione alla società Mantova Parking del Comune di circa 200 posti auto per una cifra non superiore a 5.671.272,00 Euro.

In sintesi, a fronte di un investimento di 5.615.597,00 Euro, il concessionario avrebbe dovuto ricavare un canone di 300.000 euro/anno per la gestione degli Uffici, da cui detrarre il costo della gestione dell'immobile e della manutenzione per tutto il periodo, oltre al provento della cessione dei posti auto allo cifra sopra riportata.

2. Così delineato il quadro fattuale di riferimento, deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità introdotta da parte resistente, nell'ultima parte della propria memoria di costituzione, la quale, peraltro, non merita positivo apprezzamento.

È innegabile che l'interesse concreto ed attuale del promotore è quello all'accertamento dell'illegittimità della scelta di abbandonare il metodo di realizzazione dell'opera pubblica mediante project

financing, per ottenere il conseguente risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente. A nulla rileva, quindi, il fatto che non esista più la procedura cui il promotore ritiene di avere legittimazione a partecipare, perché è proprio dell'illegittimità di tale abbandono della procedura che esso si duole, quale titolare di un interesse concreto ed attuale all'accertamento della stessa, ai fini della condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

3. Nel merito il ricorso non è suscettibile di positivo apprezzamento nella parte in cui è volto ad ottenere l'annullamento degli atti impugnati (e cioè la delibera di abbandono della finanza di progetto come strumento per la realizzazione dell'intervento di realizzazione della nuova sede degli uffici comunali in zona Porta Mulina e quella con cui è stato approvato il nuovo piano triennale delle opere pubbliche del Comune di Mantova), in ragione della pretesa violazione (doglianze sub n. 2 e 3) delle norme sulla partecipazione al procedimento.

3.1. I principi che garantiscono la partecipazione al procedimento risultano, nel caso di specie, pienamente rispettati. Il Comune, infatti, ha comunicato l'avviso di avvio del procedimento preordinato all'annullamento della dichiarazione di pubblico interesse dell'intervento in questione, da realizzarsi mediante ricorso alla finanza di progetto, cui ha fatto seguito la presentazioni di osservazioni del promotore, rispetto al rigetto delle quali la deliberazione impugnata contiene ampia motivazione.

3.2. Analogamente nessuna violazione delle norme sulla partecipazione può essere ravvisata con riferimento alla deliberazione del Consiglio comunale di approvazione del piano

delle opere pubbliche n. 19/2006 (censura sub 3). Trattandosi di atto di programmazione generale, infatti, l'approvazione dello stesso non doveva essere preceduta da alcuna comunicazione di avvio del procedimento, né la scelta operata richiedeva alcuna particolare motivazione essendo essa obbligata dall'annullamento, il giorno precedente, dell'opzione per la finanza di progetto in ordine alla realizzazione dell'intervento in questione.

4. Una più complessa analisi delle doglianze si impone con riferimento a quanto dedotto nella prima censura di cui al ricorso, volta, sostanzialmente, ad affermare l'insussistenza dei presupposti per addivenire all'annullamento in autotutela di cui alla deliberazione della Giunta comunale n. 70/06.

4.1. Tale atto risulta incontrovertibilmente trovare il proprio fondamento nel parere dell'UTFP che, come evidenziato da parte ricorrente, si è limitato ad esprimere perplessità in merito alla possibilità di qualificare correttamente l'intervento come realizzato secondo lo schema della finanza di progetto, ma non avrebbe suggerito l'annullamento. Ciò corrisponde al vero, ma da tale puntualizzazione non possono essere fatte discendere le conseguenze volute da parte ricorrente, attesa la natura di organo tecnico di consulenza dell'UTFP, in ragione della quale esso non sarebbe potuto andare oltre quanto esplicitato nel parere in questione, spingendosi fino a prospettare scelte – quale quella di procedere all'annullamento degli atti e all'abbandono del procedimento – che competevano solo agli organi di governo dell'Ente.

4.2. L'opzione per l'annullamento del procedimento, peraltro, è scaturita, come si evince dalle premesse della deliberazione n. 70/2006, oltre che dal suddetto parere, anche del successivo, articolato, parere del Segretario comunale cui è stato fatto rinvio.

Tale parere prende le mosse da quello dell'UTFP, nel quale si evidenzia come, diversamente da quello che dovrebbe essere lo schema di un contratto di concessione di costruzione e gestione, nel progetto relativo alla realizzazione degli uffici comunali in parola, fosse ravvisabile un'assenza di trasferimento del rischio di gestione sul soggetto privato coinvolto (che dovrebbe, invece, costituire l'elemento distintivo della concessione di costruzione e gestione rispetto al semplice appalto), come pure una assenza di una chiara identificazione e qualificazione del "service provision" (le prestazioni a carico del concessionario, infatti, sono indicate in modo eccessivamente generico ed indeterminato).

Entrambe le carenze individuate integrerebbero, secondo l'Amministrazione, la violazione dell'art. 37 bis della legge n. 109/94, giustificando l'annullamento del provvedimento; violazione che, al contrario di quanto sostenuto da parte ricorrente, risulterebbe sussistere proprio in considerazione del fatto che, a prescindere dalle modifiche apportate dalla legge n. 166/2002 all'art. 19 della legge 109/94 (in ragione delle quali è venuto meno il limite di partecipazione pubblica mediante corresponsione di un prezzo precedentemente fissato al 50 % dell'ammontare del costo dell'opera), nella fattispecie l'alea economico finanziaria della gestione dell'opera non risulta essere trasferita sul promotore. Come evidenziato dal Comune anche nella propria memoria difensiva, è

certo che il promotore, a fronte di un investimento di 5.615.597,00 Euro, avrebbe ricavato 8.400.000 Euro (per canone a carico del Comune); a tale ricavo debbono aggiungersi il risparmio derivante dal ridotto effettivo costo dei lavori (quantificato in sede di gara) e l'utile al trentesimo anno, oltre al corrispettivo della cessione dei posti auto alla società Mantova Parking. E' pur vero che rimangono a carico del concessionario gli oneri di gestione dell'immobile, rispetto ai quali, però, non può ritenersi sussistere un'alea in senso tecnico, essendo i medesimi quantificabili con sufficiente approssimazione. Né certamente l'alea richiesta dalla norma può corrispondere all'indeterminatezza delle prestazioni poste a carico del promotore che, invece, correttamente è stata qualificata come elemento di illegittimità del provvedimento contenente l'approvazione della proposta formulata dal raggruppamento odierno ricorrente.

4.3. Così individuata la ratio dell'annullamento nella necessità di eliminare le ravvisate violazioni degli artt. 19 e 37 bis della legge 109/94 in cui l'Amministrazione sarebbe incorsa, sia il parere, che la deliberazione impugnata stessa richiamano, quindi, gli artt. 21 octies e 21 nonies che legittimano l'annullamento del provvedimento viziato quando sussistano ragioni di interesse pubblico in tal senso e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Nel caso di specie tale interesse pubblico all'annullamento è stato individuato nel risparmio di risorse pubbliche che deriverebbe dall'abbandono del metodo della finanza di progetto in favore dell'utilizzazione di quello, più consono alla specificità dell'intervento, del contratto di appalto di opera pubblica.

Risparmio di risorse contemplato anche dall'art. 1, comma 136 della legge n. 311/2004 (richiamato dalla deliberazione in esame), il quale consente l'annullamento di ogni provvedimento, entro l'arco temporale di tre anni dal momento in cui ha acquistato efficacia, qualora dallo stesso possano conseguire risparmi o minori oneri finanziari; ciò anche nel caso di provvedimento incidente su rapporti contrattuali o convenzionali con privati che, però, debbono essere tenuti indenni dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante.

A supporto della decisione di procedere in autotutela all'annullamento degli atti relativi al procedimento di realizzazione dell'intervento di ristrutturazione di palazzo del Podestà mediante il project financing è stato, quindi, ravvisato un risparmio di spesa corrispondente, in primo luogo, nella mancata corresponsione del canone di manutenzione per il periodo di 28 anni. Nella memoria depositata in giudizio il calcolo del possibile risparmio è stato meglio esplicitato, evidenziando come, facendo ricorso alla finanza di progetto l'operazione avrebbe significato per il Comune, in aggiunta al costo iniziale di 17 milioni, un costo di ulteriori 8.400.000 euro (soggetti ad IVA al 20 %) per la disponibilità di un'immobile già di sua proprietà, ottenendo un risparmio (nominale) di soli 5.615.597,00 Euro. Importo, quest'ultimo, che invero, essendo pari al solo 24,84 % del costo dell'opera si avvicina molto al 10-15 % minimo di sconto sulla base d'asta che le imprese offrono nel caso di una normale gara d'appalto.

In altre parole, il ricorso all'appalto rende possibile un costo di realizzazione dell'opera inferiore a quello risultante dalla soluzione

di project financing oggetto di autotutela, nonché un risparmio di canoni annui pari a 300.000 Euro (oltre all'IVA) che ben può ritenersi orientativamente equivalente al costo della gestione in proprio dell'edificio e della sua manutenzione.

4.4. Parte ricorrente, d'altra parte, non ha fornito alcun principio di prova atto a dimostrare l'infondatezza dell'ipotesi di risparmio finanziario che ha indotto l'Amministrazione ad abbandonare il ricorso alla finanza di progetto.

4.5. Il provvedimento in autotutela, quindi, risulta, sotto i profili ora evidenziati, essere stato legittimamente adottato.

Ciò, a maggior ragione, se si considera che la scelta di non realizzare l'intervento in parola mediante ricorso al finanziamento privato si fonda, altresì, sul parere n. 2470/2006 con il quale la Soprintendenza per i beni architettonici e per il paesaggio ha ritenuto non adeguatamente giustificata la scelta delle destinazione d'uso dell'edificio, pur essendo astrattamente compatibile con la storia edilizia del complesso, nonché prive di reale riscontro le previsioni di spesa che non avrebbero tenuto in debito conto il reale stato di conservazione dell'edificio.

Tale parere, come sottolineato da parte ricorrente, non individua alcuna ipotesi di illegittimità dei provvedimenti adottati dal Comune, ma appare comunque rilevante poiché evidenzia una non corretta previsione di spesa che non può non incidere sull'equilibrio economico-finanziario posto a base dell'intero procedimento di finanza di progetto e, quindi, sulla legittimità delle condizioni poste in gara.

4.6. Per quanto attiene alla questione dell'affidamento ingenerato o meno nel promotore, si ravvisa l'opportunità di ricordare che, contrariamente a quanto sostenuto nella memoria di costituzione dell'Amministrazione resistente, questa non può indiscriminatamente cambiare l'orientamento precedentemente assunto in relazione ad una specifica opera pubblica (in precedenza ritenuta realizzabile mediante finanza di progetto) e, nell'esercizio della propria discrezionalità, escluderla dall'elenco dei lavori pubblici, ovvero valutare di realizzarla senza l'apporto di capitale privato. Tale scelta programmatica è libera, infatti, solo fino al momento in cui la proposta non sia stata dichiarata di pubblico interesse. Con la declaratoria di pubblico interesse della proposta (della legittimità della revoca della quale si discute nel ricorso in esame), invece, nascono e si radicano gli affidamenti dei proponenti di talché la programmazione deve tenerne conto e motivare in ordine alla ragioni che giustificano un eventuale mutamento di avviso.

Dal ciò deriva che il promotore assume, al momento della declaratoria di pubblico interesse, una posizione differenziata la cui valutazione non può essere omessa dall'ente (in tal senso anche T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 25 marzo 2009, n. 438).

Il Comune di Mantova ha, però, previsto, nel parere del Segretario generale cui viene fatto rinvio nella deliberazione n. 70/2006, in ossequio a quanto previsto dal citato comma 136 dell'art. 1 della legge n. 311/2004, essendosi in presenza di "provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati", la corresponsione di un indennizzo del pregiudizio subito dal

promotore, quantificabile in misura pari alle spese sostenute dal promotore per la predisposizione della proposta.

4.7. Il provvedimento impugnato ha, quindi, correttamente valutato anche la posizione di aspettativa del promotore – così rispettando il dettato della norma che tale condizione impone-, pur addivenendo alla conclusione dell'insussistenza, nel caso di specie, del diritto alla corresponsione del sopra ricordato indennizzo. Tale conclusione appare, però, illegittima.

4.8. L'esclusione dell'indennizzo risulta essere motivata dall'inciso della deliberazione n. 70/06, in cui si dà atto che "il punto V.3 lett. g) del bando che ha indetto la gara europea per la selezione dei soggetti con cui negoziare con il promotore il contratto di concessione riserva al Comune di Mantova la facoltà di non procedere all'aggiudicazione della concessione senza possibilità per i partecipanti di avanzare pretese o diritti in merito".

Dalla presenza di tale clausola di stile l'Amministrazione resistente ha, quindi, fatto discendere la ritenuta inesistenza della suddetta posizione di aspettativa in capo al soggetto che aveva presentato il progetto di realizzazione della nuova sede degli uffici comunali, in un primo tempo ritenuto dal Comune di pubblico interesse.

A sostegno delle proprie determinazioni l'ente evidenzia come la clausola non sia stata impugnata e sotto tale profilo nessuna censura sia stata dedotta da parte ricorrente, con la conseguenza che sarebbe precluso al giudice di entrare nel merito della applicabilità della clausola stessa.

L'argomento non pare condivisibile. A nulla rileva, infatti, che la ditta Coghi non abbia impugnato la clausola in questione, posto che,

a prescindere da ogni ulteriore considerazione, la stessa non è mai stata accettata dalla medesima, che, in quanto soggetto promotore, non ha partecipato alla gara pubblicata successivamente alla dichiarazione di pubblico interesse dell'intervento.

In ogni caso, la previsione del capitolato è stata impropriamente opposta dal Comune nella fattispecie in esame: non si controverte, infatti, sulla decisione di non realizzare l'opera adottata successivamente all'aggiudicazione della gara, bensì della mancata conclusione del procedimento di gara per effetto della decisione di realizzare l'opera attraverso il ricorso ad uno strumento diverso da quello del project financing.

Deve essere escluso, quindi, che la corresponsione di un indennizzo possa essere, nella fattispecie, negata in ragione di quanto previsto nella lex specialis della gara, con la conseguenza che il mancato riconoscimento dello stesso si pone in contrasto con la disposizione di cui al citato comma 136 dell'art. 1 della legge n. 311/2004, il quale introduce, in buona sostanza, il riconoscimento di un'ipotesi ex lege di responsabilità dell'Amministrazione.

5. Prima di entrare nel merito della concreta applicazione di tale disposizione alla fattispecie in esame occorre, però, dare conto delle più ampie pretese risarcitorie fatte valere dalla ricorrente ed analizzare la fondatezza delle stesse.

A tale fine si deve prendere le mosse da quanto dedotto nel ricorso in ordine alla configurabilità dei presupposti della responsabilità ed in particolare della condotta lesiva dell'ente: la ricorrente ravvisa quest'ultima nel fatto di essere stata coinvolta per lungo tempo in trattative per affinare i contenuti della proposta, con la conseguenza

che ciò avrebbe creato un affidamento meritevole di tutela, non solo in termini di legittima aspettativa della regolarità dell'esercizio dell'azione amministrativa (responsabilità c.d. da contatto), ma anche attraverso la configurazione di un obbligo a contrarre.

5.1. Nel caso di specie, però, si è accertato come l'attività posta in essere dal Comune resistente sia conforme alla legge, essendo l'atto di secondo grado supportato dall'interesse pubblico al risparmio delle maggiori somme che sarebbero derivate dall'attuazione del provvedimento oggetto di annullamento. In linea di principio ciò dovrebbe determinare, così come lo determina, il rigetto anche della connessa domanda risarcitoria, laddove ricostruita in termini di responsabilità da contatto, per mancanza della condotta antigiuridica.

5.2. Né il Collegio ritiene configurabile una responsabilità contrattuale, rispetto alla quale mancherebbe il presupposto dell'esistenza di un vincolo contrattuale fonte di reciproche obbligazioni, non essendo il particolare procedimento ad evidenza pubblica posto in essere giunto a conclusione. Del resto, proprio l'accertata legittimità dei provvedimenti censurati, attraverso cui il Comune ha manifestato la volontà di non avvalersi del sistema della finanza di progetto, non può che condurre all'esclusione dell'ammissibilità del risarcimento in forma specifica, mediante la dichiarazione dell'obbligo a contrarre. È evidente, infatti, che sebbene le trattative si siano protratte a lungo ed abbiano condotto il procedimento per addivenire alla realizzazione dell'intervento mediante la finanza di progetto ad uno stadio piuttosto avanzato, ciononostante non risulta essere stato adottato alcun atto che

equivalga ad assunzione dell'obbligo a contrarre di cui il giudice potrebbe ordinare l'esecuzione.

6. Risulta, invece, convincente la tesi della ricostruzione del comportamento dell'Amministrazione come fonte di responsabilità precontrattuale: responsabilità che nasce dal fatto che il soggetto pubblico, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tiene un comportamento illecito, in quanto lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative.

In ordine alla definizione, in generale, dei comportamenti dell'Amministrazione che possono essere fonte di una tale responsabilità con riferimento alle vicende che possono involgere una procedura ad evidenza pubblica, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 5245 del 7 settembre 2009, ha ben schematizzato gli stessi evidenziando come "la responsabilità precontrattuale della P.A. può configurarsi sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia ed in particolare: a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca

dell'aggiudicazione o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza di fondi”.

6.1. Il Collegio ritiene, quindi, che anche il legittimo (così come più sopra accertato) annullamento dei provvedimenti strumentali al ricorso alla finanza di progetto adottato nel caso in esame, sia fonte di responsabilità precontrattuale nei confronti dell'odierna ricorrente, in particolare tenuto conto del fatto che il Comune avrebbe dovuto (a maggior ragione considerata la particolarità della ripartizione degli oneri tra pubblico e privato già evidenziata) provvedere ad acquisire tempestivamente il parere dell'UTFP o comunque procedere sin dalla definizione della proposta di project financing all'attenta analisi dei costi/benefici che ha poi rappresentato la base dei provvedimenti impugnati.

Sussiste, pertanto, la responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., nel caso in cui una P.A., prima pronunci la dichiarazione di pubblico interesse ai sensi dell'art. 37 bis della legge n. 109/94 – approvando il progetto proveniente dal promotore, posto a base della successiva gara pubblica per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione – e successivamente annulli d'ufficio la stessa per una diversa valutazione sulla convenienza economica del ricorso allo strumento della finanza di progetto, e, tanto, anche in presenza della assodata legittimità del provvedimento di autotutela de quo, siccome conforme al dettato del comma 136 dell'art. 1 della legge n. 311/04.

6.2. Ciò affermato, si rende necessario procedere alla quantificazione del risarcimento dovuto, tenendo conto del principio affermato dalla giurisprudenza secondo cui, nell'ipotesi di

responsabilità precontrattuale, è dovuto un risarcimento pari al danno derivato dall'impegno inutile delle energie negoziali.

A tale proposito, in linea con tale principio, nonché con il dettato dello stesso comma 136 dell'art. 1 della legge n. 311/04 (secondo cui "L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante"), il Collegio ritiene che fosse congrua l'ipotesi formulata dal Segretario generale del Comune di Mantova, il quale aveva ipotizzato, nel proprio parere, la corresponsione al promotore dell'importo che esso avrebbe conseguito nel caso di mancata aggiudicazione della gara per l'affidamento della concessione, pari al 2,5 % dell'importo dell'intervento posto a base d'asta.

Nel caso specifico del project financing, infatti, è lo stesso legislatore a quantificare il danno derivante dal dispendio di "energie" investite nelle trattative per l'affinamento della proposta di project finance (cioè lo stesso danno lamentato da parte ricorrente), laddove prevede (art. 37 quater, comma 4 del d. lgs. 109/94), che, nel caso in cui il "non risulti aggiudicatario entro un congruo termine fissato dall'amministrazione nel bando di gara, il soggetto promotore della proposta ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo di cui all'articolo 37- bis , comma 1, quinto periodo"; importo che corrisponde alle spese sostenute per la predisposizione del progetto, comprensivo anche dei diritti sulle opere d'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile, il quale, però, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario.

È secondo i criteri ora ricordati, quindi, che il Comune resistente dovrà quantificare il risarcimento del danno dovuto alla ricorrente, formulando, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 35 del d. lgs. n. 80/1998, la relativa offerta entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione della sentenza.

Sulla somma così stabilita sono dovuti interessi e rivalutazione monetaria: gli interessi, nella misura del tasso legale dovranno essere calcolati sul capitale, annualmente rivalutato in base all'inflazione rilevata dall'ISTAT, dalla data della domanda giudiziale al dì della notifica della sentenza. Da tale data e sino alla liquidazione saranno dovuti gli interessi moratori.

Tutto quanto sin qui esposto determina l'accoglimento del ricorso volto alla rimozione degli atti impugnati con riferimento alla sola deliberazione n. 70/06 e limitatamente alla parte in cui esclude la corresponsione di ogni indennizzo al promotore, in violazione della specifica normativa applicata. Ciò determina il configurarsi di una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione che, in ragione di ciò, è tenuta al risarcimento del danno causato.

Le spese del giudizio possono trovare parziale compensazione tra le parti in causa, attesa la sola parziale fondatezza del ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando accoglie in parte il ricorso in epigrafe indicato e per l'effetto annulla la deliberazione n. 70/06 nei limiti di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 35 del d. lgs. 80/98, a formulare un'offerta risarcitoria a favore della

ricorrente nel termine di 60 giorni dalla notifica della presente sentenza, dando applicazione, a tal fine, ai criteri di cui in motivazione.

Dispone la parziale compensazione delle spese del giudizio, condannando il Comune al pagamento, in favore della ricorrente, della somma di Euro 3.000,00 (tremila/00), oltre ad IVA, C.P.A., rimborso forfetario delle spese e rimborso del contributo unificato dalla stessa anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2010

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

IL SEGRETARIO