

Svolgimento del processo

1. Il C.S.S., classificatosi al secondo posto della graduatoria per la concessione della realizzazione di un parcheggio multipiano e dell'area di stoccaggio nonché del rifacimento della torre per i servizi dell'Ospedale San Camillo mediante il ricorso alla finanza di progetto, ha impugnato gli atti di gara conclusasi con l'individuazione della Società E. quale promotore e con l'approvazione del relativo progetto preliminare - sostenendone la necessità di esclusione - nonché, con motivi aggiunti, il bando con cui è stato indetto l'appalto per la realizzazione delle opere.

Il Tar Lazio, con sentenza n.9238 in data 20.7.09, ha respinto il ricorso e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di E., sul rilievo, per quanto in questa fase di giudizio principalmente interessa, che l'ampliamento del progetto della prima graduata era da considerarsi nei limiti delle proposte migliorative ammesse e rispondeva agli obiettivi e alle finalità dell'intervento indicati dall'amministrazione nell'avviso pubblico e nello studio di prefattibilità; che la proposta di costituzione di un diritto di superficie rientrava tra le proposte integrative ed era in linea con la previsione dell'*art. 143 del decreto legislativo n. 163 del 2006* e la mancanza di autorizzazione regionale, all'atto della proposta, non poteva considerarsi di impedimento alla sua positiva valutazione, dal momento che essa, quale condizione di efficacia della futura concessione, sarebbe potuta intervenire in una fase successiva all'esame delle proposte e, comunque, non avrebbe comportato un mutamento di destinazione dell'area per effetto di quanto previsto dall'art. 5 comma 2 ultimo periodo del d. lgs. N. 502 del 1992; che il rilascio da parte di Istituto bancario e l'acquisizione dell'asseverazione del progetto della vincitrice successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione, ma anteriormente alla valutazione della Commissione, non contrastava con la legge di gara che prescriveva la presentazione unitamente all'offerta della sola attestazione di richiesta di asseverazione.

Ha proposto appello, rubricato al n. R.G. 9556/09, il C. per i seguenti motivi:

- violazione degli *articoli 153 e 154 d.lgs. n. 163 del 2006* e dell'avviso pubblico, per avere il Tar erroneamente respinto la censura con cui si sosteneva la presentazione da parte della E. di opere nuove e soluzioni gestionali ulteriori rispetto a quelle indicate nell'avviso pubblico (costruzione parcheggio multipiano con area di stoccaggio e riqualificazione architettonica della Torre per i servizi) nonché la gestione e la tariffazione di posti auto già esistenti non contemplati dall'intervento;

- violazione e falsa applicazione degli articoli 143, 153 e 154 d.lgs n. 163/2006, degli articoli 952 e ss. C.c. e dell'avviso indicativo, dell'art. 5 comma 2 del d.lgs. n. 502/1992, per essere la bancabilità della proposta di E. basata sulla costituzione di un diritto di superficie non prevista nell'avviso

indicativo e nello studio di prefattibilità, peraltro condizionata al rilascio dell'autorizzazione regionale non ancora intervenuto ed impedito dall'art. 5 d. lgs. N. 502 del 1992 per la natura indisponibile dei beni;

- violazione degli *articoli 153 e 154 d.lgs. n. 163/2006* e della *lex specialis* per avere la Commissione di valutazione esaminato un piano economico finanziario non asseverato, comportando il mancato o incompleto asseveramento del PEF l'inammissibilità della proposta.

Si sono costituiti la società E. s.p.a. e l'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini resistendo all'appello e chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

2. Con distinto ricorso, anche la P.F.I. s.r.l., classificatasi al terzo posto della graduatoria, ha impugnato gli stessi atti di gara, sostenendo la necessità di esclusione dei progetti delle prime due imprese perché irrealizzabili. Non sarebbe poi stata valutata la fattibilità del progetto di E. sotto il profilo costruttivo urbanistico ed ambientale in presenza di elementi ostativi e di un piano economico finanziario i cui dati erano del tutto incongrui sotto il profilo del rendimento e del valore e non si sarebbe tenuto in debito conto che la proposta di S. presentava tempi di realizzazione del tutto incongruenti. Eccepiva inoltre la mancanza di asseverazione del PEF di E. sostenendo altresì il mancato rispetto da parte delle controinteressate delle modalità di invio della proposta.

Il Tar, con la sentenza n.7073 in data 17 luglio 2009, ha respinto anche questo ricorso, rilevando la mancanza di indizi di incongruenza dei dati e delle valutazioni, la inerenza a discrezionalità tecnica del giudizio della Commissione, non inficiato da manifesta illogicità o palese travisamento di fatto, anche con riguardo ai tempi di realizzazione, la conformità delle modalità di asseverazione rispetto alle previsioni dell'avviso, la conformità della consegna a mano della proposta alle regole prescritte nell'avviso.

Ha proposto appello la P.F.I. iscritto con il n. R.G. 147/2010, per i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione degli articoli 153 e ss. *D.lgs. n. 163/2006* e dei principi di buon andamento e di par condicio, ragionevolezza e coerenza dell'azione amministrativa, per non essere stata valutata la fattibilità e la realizzabilità delle proposte presentate specie per quanto concerne il piano economico e finanziario della E., il calcolo dell'occupazione massima dei parcheggi, la stima dei ricavi e dei flussi di cassa netti, l'errato computo dei parcheggi esistenti, l'irrealistica indicazione dei tempi di realizzazione di S.;

- l'illegittimità dell'operato della Commissione, avendo ammesso alla procedura la proposta di E. incompleta e priva di asseverazione;

- l'illegittimità derivata del bando di gara.

Si sono costituite in resistenza l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, E. s.p.a. ed il C. stabile S.. Quest'ultimo ha altresì presentato appello incidentale per sostenere la necessità di esclusione della proposta di P.F.I. attesa la diversità di oggetto rispetto ai limiti imposti dall'avviso indicativo e dallo studio di prefattibilità.

3. In entrambi i ricorsi le parti hanno presentato diffuse memorie.

4. All'udienza del 22 ottobre 2010 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

Motivi della decisione

5. Ragioni di connessione rendono opportuna la riunione dei ricorsi in epigrafe specificati, affidati peraltro a motivi in buona parte comuni.

6. Occorre esaminare il motivo del primo appello (del C.S.) con cui si sostiene che la proposta di E. avrebbe dovuto essere esclusa in quanto contenente opere nuove e soluzioni gestionali non contemplate dall'avviso indicativo e dallo studio di prefattibilità nonché la gestione e tariffazione di parcheggi già esistenti estranei all'intervento.

7. In merito, il Tar ha osservato che la scelta del promotore è caratterizzata da un altissimo livello di discrezionalità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che nel valutare le proposte tiene conto di scelte di carattere economico e tecnico non sindacabili in sede giurisdizionale se non per profili di manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà ed errori di fatto. Se è pur vero che l'avviso indicava come controprestazione per il concessionario il diritto di gestire e sfruttare economicamente il parcheggio multipiano e l'area di stoccaggio polivalente, esso tuttavia attribuiva ai proponenti la facoltà di presentare proposte integrative e migliorative, nell'ovvio rispetto delle finalità e degli obiettivi dell'intervento. L'estensione dell'intervento ai parcheggi esistenti, con conseguente aumento dei ricavi per il gestore, non poteva considerarsi in contrasto con le finalità dell'avviso di guisa da provocare l'esclusione della proposta.

8. Il Collegio ritiene di condividere la motivazione del Tar in ordine al rigetto del motivo di ricorso. Occorre tener presente che nella procedura di project financing l'amministrazione deve valutare le proposte progettuali in funzione dell'interesse pubblico perseguito, giudicando la loro idoneità a dare attuazione ad un programma non definito nei suoi contenuti progettuali (Cons. St. 20.5.2008, n. 2355).

Come di recente stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 15 aprile 2010 n.2155, occorre tenere distinte la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione. Mentre quest'ultima presenta i caratteri della gara soggetta ai principi comunitari e nazionali dell'evidenza pubblica, la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, "è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una

pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore."

Peraltro, il modus procedendi che caratterizza la finanza di progetto è improntato alla logica della collaborazione, in funzione del perseguimento del pubblico interesse, tra promotore ed amministrazione che ispira tutta la fase preliminare di scelta e di approvazione della proposta di project financing da sottoporre poi a pubblica gara (Cons. St. Sez. V, 28.5.2010, n. 3399).

Non può quindi parlarsi di una "cristallizzazione" negli atti di gara delle caratteristiche e dei contenuti del progetto da realizzare, tenuto conto che i limiti della proposta risiedono esclusivamente nel rispetto dei parametri atti a garantire una certa omogeneità alle offerte progettuali, consistenti nell'ubicazione e nella descrizione dell'intervento da realizzare, nella destinazione urbanistica, nella consistenza e nella tipologia del servizio da gestire.

9. Nella specie, l'avviso indicativo e, più ancora, lo studio di prefattibilità hanno fissato le finalità dell'intervento da attuare mediante la finanza di progetto nell'ampliamento delle aree di parcheggio e di stoccaggio polivalenti necessarie a garantire le funzioni logistiche e nella riqualificazione architettonica e funzionale della Torre Piezometrica in uffici direzionali, hanno indicato quale scopo della procedura la soluzione del problema della carenza di parcheggi mediante un basso impatto urbanistico- ambientale, hanno richiesto un'alta qualità architettonica ed una fattibilità economica legata ad un piano pluriennale di gestione nonchè la rispondenza all'esigenza di miglioramento del sistema dei parcheggi per un inquadramento più generale dell'assetto finale della mobilità superficiale e della mobilità pedonale nell'ambito dell'area ospedaliera. Quanto agli ambiti da connettere, lo studio ha indicato l'area di riferimento dei progetti nel perimetro del Polo ospedaliero.

10. Così delineati i caratteri generali dei progetti, deve convenirsi con il primo giudice che la proposta dell'impresa individuata come promotore, nel contemplare, nell'ambito del perimetro del Polo ospedaliero, l'insieme dei parcheggi - esistenti e da realizzare - come ambito di intervento e di sottoposizione a tariffa, non ha oltrepassato i limiti indicati nello studio di prefattibilità aderendo piuttosto alla finalità della procedura di individuazione del promotore del soddisfacimento dell'interesse pubblico, consistente nel migliore assetto da dare alle aree destinate al parcheggio elevando il numero di parcheggi disponibili, a realizzare l'area di stoccaggio ed a riqualificare la Torre per i servizi dell'ospedale San Camillo. Anche l'indicazione della controprestazione negli introiti derivanti dal parcheggio multipiano e dall'area di stoccaggio non può considerarsi un limite invalicabile, ben potendo la proposta contenere una diversa calibratura degli introiti (nella specie, maggiori dai parcheggi e minori dall'area di stoccaggio), nei limiti della fattibilità dell'intervento e della tipologia del servizio, conformemente all'interesse

perseguito dall'amministrazione e salve le valutazioni di questa nell'esercizio della discrezionalità tecnica.

11. Per motivi in parte analoghi è infondato anche il motivo d'appello imperniato sul contrasto della previsione del diritto di superficie sul parcheggio da realizzare con l'avviso indicativo. Invero, come statuito dal primo giudice, la proposta rientra tra quelle integrative ammesse sia dalla legge di gara, sia dalla specifica previsione dell'*art. 143 d.lgs. n. 163/2006* per conseguire l'equilibrio economico finanziario della concessione. Quello della bancabilità dell'intervento attraverso la costituzione del diritto di superficie non costituisce dunque un limite alla proposta, bensì un rimedio già previsto dalla legge per facilitare l'intervento. La concessione di un diritto di superficie di aree di proprietà dell'amministrazione può, quindi, essere calcolato come forma di concorso dell'ente concedente. Nella specie, data la natura dell'ente, la concessione del diritto di superficie resta comunque sottoposta ai limiti dell'indisponibilità del bene, ai sensi dell'*art. 5 comma 2 d.lgs. n. 502 del 1992*, secondo cui i beni mobili ed immobili delle aziende ospedaliere utilizzati per i loro fini istituzionali costituiscono patrimonio indisponibile e sono soggetti alla disciplina *dell'art. 828, secondo comma del codice civile* (Cass. SS.UU. 14.11.2003, n. 17295), che non risulta quindi in alcun modo violato.

12. Da respingere è anche il motivo basato sulla necessità di preventiva autorizzazione alla concessione da parte dell'autorità regionale, in considerazione dello stadio preliminare della individuazione del promotore rispetto alla fase della concessione. Si concorda quindi con il primo giudice sul fatto che l'autorizzazione, condizione di efficacia della concessione, debba intervenire solo in fase attuativa.

13. Occorre quindi esaminare il motivo con cui parte appellante censura la sentenza di primo grado per avere ritenuto ammissibile l'offerta di E. nonostante la proposta, al momento della sua presentazione, mancasse di asseverazione da parte di un Istituto di credito e nonostante quest'ultima, trasmessa dall'Istituto con nota del 20 luglio 2007, fosse pervenuta, in un momento successivo incerto, attesa la mancanza di protocollo o di sigla da parte dei componenti della Commissione tale da farne dubitare l'avvenuto esame da parte dei commissari.

14. Il Tar, sul punto, ha motivato il rigetto della censura sul rilievo che l'*art. 153* non prevede, ai fini della sua ammissione, la presentazione della proposta unitamente alla asseverazione e che la stessa sarebbe stata comunque trasmessa all'interessata - con nota 20 luglio 2007- antecedentemente all'apertura dei plichi, in data 6 agosto 2007, ed all'esame del progetto di E., in data 8 marzo 2008 (verbale n. 8). Nè rileverebbe lo scostamento di dati del TIR e del VAN di progetto risultante dal verbale della Commissione rispetto a quelli contenuti nell'asseverazione, attesa la sua lieve entità (32 mila euro circa rispetto al valore del progetto di 7,4 milioni di euro). In ogni caso, ben avrebbe potuto la Commissione esaminare la proposta di E. in luogo della asseverazione, essendo questa uno strumento necessario solo ai fini delle successive decisioni.

15. Ritiene il Collegio a riguardo di poter confermare la sentenza di primo grado, sul rilievo che né l'art. 153 del Codice degli appalti né l'avviso prevedono come causa di esclusione la mancata presentazione, unitamente alla proposta, dell'asseverazione. In mancanza di una specifica clausola in tal senso, il Consiglio di Stato ha già stabilito, sotto la vigenza dell'art. 37bis della [legge n. 109/1994](#), a proposito della possibilità di integrazione, che la trasmissione successiva di un'asseverazione "non esorbita dall'alveo proprio della potestà di integrazione attribuita all'amministrazione giudicatrice, dacchè l'adempimento in discorso non postula alcun intervento sul contenuto del piano economicofinanziario posto a corredo della proposta e, dunque, essa può sicuramente sopravvenire ai sensi del comma 2- ter anche dopo il completo spirare del termine finale di presentazione".(Cons. St. 19.4.2005, n. 1802). Del tutto similmente all'integrazione disposta dall'amministrazione, può quindi considerarsi ammissibile l'integrazione operata sua sponte dal proponente, a maggior ragione quando risulti che la richiesta di asseverazione era già stata inoltrata all'Istituto bancario al momento della presentazione della proposta.

16. Peraltro, l'asseverazione opera come requisito essenziale per la valutazione del progetto sicchè la sua acquisizione anteriormente all'esame da parte della Commissione può, nel caso che occupa, ritenersi tempestiva.

17. Occorre quindi esaminare l'appello di P.F.I. s.r.l. in relazione alla sentenza del Tar n. 7073/2009 del 17 luglio 2009 intervenuta sulla medesima procedura.

18. Le censure rivolte contro l'ammissione dei progetti di E. e del C.S. sono incentrate, quanto al progetto di E., sull'omessa valutazione della fattibilità e della realizzabilità della proposta in ordine al piano economico e finanziario, al calcolo dell'occupazione massima dei parcheggi, alla stima dei ricavi e dei flussi di cassa netti, all'errato computo dei parcheggi esistenti e, quanto al progetto del C.S., sulla l'irrealistica indicazione dei tempi di realizzazione.

Le censure investono quindi la prima fase della procedura di valutazione, concernente la pregiudiziale verifica in ordine all'ammissibilità delle proposte sulla base dell'accertamento dell'assenza di elementi ostativi alla loro realizzabilità, prodromica a quella, successiva, della valutazione comparativa sulla migliore rispondenza all'interesse pubblico da realizzare.

19. Giova, in merito, premettere che l'asseverazione del piano economico finanziario da parte di Istituto bancario attesta la correttezza e la congruità delle poste utilizzate per la sua elaborazione e fornisce una positiva valutazione sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento) verificandone l'equilibrio in relazione ai flussi di cassa generati dal progetto, esclusivamente sulla base dei dati forniti dall'impresa (cfr. Autorità vigilanza contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 14 del 5 luglio 2001), essendo rimessa all'amministrazione la valutazione di merito circa la congruità della proposta, la correttezza e la validità degli elementi che sorreggono il piano e la sua idoneità allo scopo (Cons. St. Sez. V, 17.6.2009, n. 3944; 10.11.2005, n. 6287). A questo riguardo,

la stessa appellante riconosce che l'amministrazione esercita un potere discrezionale, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti.

20. Ciò premesso, si osserva che i diffusi motivi esposti nel ricorso e nelle successive difese, tendenti a far valere l'erroneità degli elementi posti a base del piano economico finanziario, per quanto ampi e denotati da uno spiccato tecnicismo, non sono idonei a dimostrare la manifesta illogicità o incongruità della valutazione circa la fattibilità e realizzabilità della proposta di E., tenuto anche conto delle indicazioni fornite nello studio di prefattibilità.

21. Infatti, non sono adottati elementi idonei a supportare una evidente illogicità nella valutazione da parte della Commissione del calcolo degli utenti/visitatori, che l'appellante riterrebbe sovrastimato attesa la possibilità per molti utenti di utilizzare mezzi pubblici. Invero, di fronte a quella che il Collegio ritiene una semplice supposizione, non suffragata da elementi univoci e smentibile dall'argomento usato dal Tar consistente nel probabile incremento del mezzo privato in alternativa alla "sosta selvaggia" all'interno o all'esterno dell'area ospedaliera, occorre considerare che i dati si dimostrano coerenti con quelli forniti nello studio di prefattibilità (2.325 accessi giornalieri) e che, pertanto, la valutazione della Commissione, nell'esercizio di discrezionalità tecnica, appare esente da vizi.

22. Anche riguardo al numero dei parcheggi ricavabili dalle strutture esistenti, appare più che convincente la giustificazione resa dall'appellata riguardo all'incremento dei posti attuali per effetto del ridimensionamento e della razionalizzazione proposta, evidentemente valutata dalla Commissione con un giudizio che non appare affetto da illogicità.

23. Così come sufficiente a coprire la "flessione" dell'orario di sosta nei giorni festivi e nei periodi feriali (non significativa, peraltro, in una struttura ospedaliera) è la diminuzione operata dalla E. nel proprio progetto, correttamente valutata dalla Commissione.

24. Quanto alla censura relativa all'assenza di asseverazione del piano di E., si richiamano i motivi esposti ai punti 14, 15 e 16 data la coincidenza del mezzo con quello proposto dal C.S..

25. Dall'infondatezza dei motivi rivolti contro la prima graduata, discende l'improcedibilità dei motivi tesi a far valere la necessità di esclusione del C.S., seconda classificata, nonché l'erroneità della valutazione riguardo alla sua proposta. Conseguentemente al rigetto dei motivi di appello, va altresì dichiarato improcedibile l'appello incidentale proposto dal C.S..

26. Respinte tutte le censure, cadono, di conseguenza, anche quelle dirette a far valere, solo in via derivata, l'illegittimità del bando ex art. 155 d. lgs. 163 del 2006 e va respinta la domanda di risarcimento del danno.

27. In conclusione gli appelli devono essere respinti e le sentenze di primo grado confermate.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

riunisce i ricorsi in epigrafe indicati e, definitivamente pronunciando, respinge gli appelli principali e dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dal C.S. nel ricorso N.R.G.147/2010; condanna ciascuna delle appellanti principali al pagamento delle spese di giudizio liquidate in euro 3.000//00 (tremila//00), da suddividersi tra l'Azienda Ospedaliera e la E. s.p.a..

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