N. 01295/2010 REG.SEN.
N. 02915/2005 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2915 del 2005, proposto da: Euganea Immobiliare Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Silvano Ciscato, Andrea Faresin, Franco Zambelli, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

contro

Comune di Vicenza - (Vi), rappresentato e difeso dagli avv. Loretta Checchinato, Maurizio Tirapelle, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della deliberazione della Giunta comunale 19 ottobre 2005, 357, avente a oggetto "proposta di ristrutturazione e sviluppo dello stadio comunale Romeo Menti" e degli atti connessi, presupposti o conseguenti, nonché per il risarcimento dei danni cagionati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Vicenza - (Vi);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2009 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel giugno del 2003 Euganea Immobiliare s.r.l. presentò al Comune di Vicenza, ai sensi dell'articolo 37, primo comma, della legge 109 del 1994, proposta di ristrutturazione e sviluppo dello stadio comunale "Romeo Menti".

Il progetto generale architettonico e ingegneristico era stato curato da architetti, da uno studio di progettazione, mentre la progettazione generale degli impianti tecnologici era stata effettuata e il ruolo di advisor tecnico- economico assunto dalla banca d'affari "Livolsi & Partners".

Esaminata la proposta, l'amministrazione comunale sollecitò la modifica di alcune previsioni progettuali, che furono presentate il 30 dicembre 2003. Ulteriori elaborati furono richiesti il 4 marzo 2004 e depositati il successivo mese di aprile.

Successivamente il responsabile del procedimento comunicò, con nota 3 agosto 2004 che era "in fase di predisposizione la deliberazione di dichiarazione di pubblico interesse della proposta medesima, ai sensi dell'articolo 37 della legge n.109 del 1994, ricordando che "l'asseverazione dell'originario piano finanziario datata 7 giugno 2003 deve essere aggiornata al piano economico finanziario datato aprile 2004". In data 11 ottobre 2004 veniva presentata la nuova asseverazione del predetto piano economico finanziario.

A seguito di tale ultima integrazione, la ricorrente si attendeva che il Comune di Vicenza dichiarasse formalmente di interesse pubblico la proposta e desse corso alla procedura a evidenza pubblica prevista dall'articolo 37 quater.

Invece l'amministrazione rimaneva inerte, tanto da indurre la ricorrente a notificare un ricorso ai sensi dell'articolo 21 bis della legge 1034 del 1971; in prossimità dell'udienza di discussione veniva tuttavia adottato il provvedimento espresso in base al quale veniva ritenuta "non di pubblico interesse la proposta presentata".

2. La ricorrente ha chiesto l'annullamento di tale atto con il ricorso in epigrafe, dato che la proposta prevedeva interventi per € 95.500.000 la cui predisposizione è costata a Euganea Immobiliare Srl complessivamente € 436.870,22 IVA esclusa.

Osservava la società che la proposta di ristrutturazione e sviluppo dello stadio comunale era stata sollecitata dallo stesso Comune di Vicenza e dopo una lunga e onerosa attività istruttoria, anche da parte dell'amministrazione; dunque il Comune, con la sua argomentazione di diniego del tutto generica, avrebbe integrato una evidente lesione del principio dell'affidamento sulla correttezza dell'attività connessa a contatto amministrativo per cui, con atto di motivi aggiunti, oltre all'annullamento veniva avanzata istanza di risarcimento dei danni.

3. Le ragioni del diniego sarebbero così compendiate:

- profilo urbanistico: *la proposta comporta necessariamente l'approvazione di variante al piano regolatore, e ai sensi della legge regionale 11 del 2004, articolo 48, primo comma, non è possibile adottare varianti fino all'approvazione del primo piano di assetto del territorio (PAT) di cui il Comune è attualmente sprovvisto.*

La ricorrente contesta tale giustificazione poiché la norma or richiamata fa salva l'adozione di varianti finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche e di impianti di interesse pubblico, sicché, in ogni caso, nel motivare l'atto impugnato l'amministrazione avrebbe dovuto verificare la compatibilità tra la proposta e i tempi necessari a modificare lo strumento urbanistico vigente;

- profilo viabilistico: *la proposta presentata non prevede alcuna soluzione viabilistica nuova in considerazione del maggior carico di traffico indotto dalle nuove edificazioni proposte. Tale criticità*

verrebbe solo attenuata in seguito all'eliminazione dalla proposta di alcune strutture, quali per esempio la multisala.

Anche tale affermazione viene contestata, poiché non si capisce quale sia l'entità dei problemi viabilistici paventati, non si espongono gli esiti di alcuna apposita attività istruttoria, l'amministrazione non dà alcun rilievo neppure al fatto che l'ambito di intervento comprende uno dei due parcheggi di interscambio della città, realizzato in loco proprio perché facilmente raggiungibile attraverso strade idonee a sopportare rilevanti volumi di traffico;

-parcheggi: *non risulta una dotazione di parcheggi pubblici dedicati adeguata alle attività e insediamenti proposti. Inoltre, la prevista gestione dei parcheggi in via Bassano non è in linea con l'attuale gestione affidata a AIM (Aziende Industriali Municipalizzate).*

Ad avviso della ricorrente neppure tale argomentazione contiene alcun dato e non si sa quindi se e in quale misura gli spazi adibiti a parcheggio pubblico siano stati effettivamente giudicati inadeguati, anche tenendo conto della proposta della ricorrente che prevede la realizzazione di un parcheggio con 790 posti auto, risultando del resto incomprensibile il riferimento alla gestione del parcheggio di via Bassano, poiché non si specifica in alcun modo quali difficoltà potrebbero sorgere in caso di revoca dell'attuale concessione;

- gestione dell'opera pubblica: *la proposta del promotore non comprende la gestione della principale struttura pubblica, che costituisce il presupposto che giustifica l'iniziativa comunale dicoinvolgimento del capitale privato*; ma, ad avviso della ricorrente, sarebbe stato il Comune stesso a chiedere la modifica dell'originaria previsione dello schema di convenzione, con esclusione del campo di gioco e dei locali necessari allo svolgimento dell'attività sportiva, in relazione ai quali l'amministrazione avrebbe sicuramente prorogato l'attuale rapporto con Vicenza calcio S.p.A., società che gestisce la squadra di calcio cittadina, e comunque il problema avrebbe potuto essere eliminato mediante il reinserimento della previsione relativa alla gestione

dello stadio da parte del soggetto attuatore, con l'eventuale subconcessione degli spazi necessari all'esercizio dell'attività sportiva al soggetto designato dal Comune;

-profilo del piano economico finanziario: *si è provveduto ad approfondire gli aspetti patrimoniali, di redditività, di sostenibilità ed equilibrio del piano economico finanziario a corredo del progetto Goal. Si è verificato che lo stesso è costruito su ipotesi ragionevoli e con corretta stima di costi e ricavi. Si è però rilevato che il rendimento atteso dal promotore, confrontato con un rendimento "normale", contiene margini eccessivamente sbilanciati a favore del concessionario. In particolare non viene effettuata alcuna simulazione sulla conseguenza dell'esercizio del diritto di opzione sulle superfici edificate sulla cessione degli immobili gravati dal diritto di superficie, da esercitarsi al termine del periodo di concessione.*

La ricorrente censura per difetto di motivazione anche questa affermazione, posto che il provvedimento non riporta alcuna cifra, nessuna percentuale, nessuna analisi; inoltre, se il Comune avesse ritenuto indispensabile la predetta simulazione, avrebbe potuto e dovuto richiederla;

profilo sulla sicurezza degli stadi: *la proposta presentata non è in linea con le norme introdotte dal decreto ministeriale 6 giugno 2005, in special modo con l'articolo 8 relativamente alle misure di sicurezza negli stadi; in particolare non esiste, né è reperibile all'esterno dello stadio, area sufficiente per realizzare la zona di sicurezza prevista dal suddetto decreto.*

Infine, rileva la ricorrente, gli elaborati erano stati presentati prima che il decreto ministeriale fosse emanato, quindi all'evidenza l'amministrazione avrebbe potuto semplicemente chiedere l'integrazione della proposta, con la previsione degli adeguamenti necessari, affinché il progetto di ristrutturazione dello stadio fosse compatibile con le norme sopravvenute.

4. A seguito di ordinanza istruttoria pronunciata dalla sezione all'udienza del 9 aprile 2009, si costituiva l'amministrazione comunale, replicando puntualmente sulle censure contenute nel ricorso.

All'odierna udienza, dopo discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Anzitutto è infondata la censura di rilievo procedimentale, atteso che, trattandosi di procedura concorsuale, non trova applicazione l'invocata disposizione di cui all'art. 10-bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, a tacer del fatto – inoltre – che tale istituto trova applicazione, per espressa previsione contenuta nella ridetta norma, nei soli procedimenti avviati a istanza di parte, quale certamente non può considerarsi una procedura di project financing.

6. Prima di analizzare il merito della vicenda contenziosa e la fondatezza o meno delle censure mosse alla determinazione impugnata, il Collegio ritiene opportuno precisare alcuni principi sull'istituto del project financing, di derivazione anglosassone, introdotto nel nostro ordinamento al fine di agevolare la realizzazione di opere pubbliche che l'Ente pubblico non sarebbe in grado di eseguire, mediante l'apporto di capitali privati.

La sua caratteristica essenziale è quella di porre a carico dei soggetti promotori o aggiudicatari, in tutto o in parte, i costi necessari alla progettazione ed esecuzione dei lavori, assicurando loro come unica controprestazione il diritto di gestione funzionale e sfruttamento economico delle opere realizzate.

Nel nostro ordinamento esso è stato introdotto dall'art. 37 bis e seguenti della legge n. 109 del 1994, che ha peraltro disciplinato l'istituto in maniera più scandita ed articolata rispetto allo schema tipico del "project financing", prevedendo due fasi logicamente e cronologicamente distinte:

la prima, da alcuni definita della "promozione di opera– pubblica" (art. 37 bis, ter e quater), in cui la Pubblica amministrazione, sulla base del progetto presentato da un soggetto promotore, valuta la fattibilità della proposta e il suo pubblico interesse;

la seconda, del vero e proprio "project financing" (art. da 37– quinquies a 37 nonies), in cui è analiticamente disciplinato il rapporto intercorrente tra la stessa

Pubblica amministrazione e il soggetto aggiudicatario, in regime di concessione ai sensi dell'art. 19, comma 2, della stessa l. n. 109 del 1994.

Con specifico riguardo alla prima fase, dopo aver stabilito che le proposte di finanziamento presentate dai promotori possono riguardare soltanto lavori pubblici e di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, comma 2, della citata legge n. 109 del 1994, ovvero negli strumenti formalmente approvati dall'Amministrazione sulla base della normativa vigente (art. 37 bis), il legislatore ha analiticamente disciplinato i criteri e le modalità di valutazione delle proposte, prevedendo che ". . le amministrazioni aggiudicatici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse" (art. 37 ter, come modificato dalla legge n. 166 del 2002).

È dunque evidente che la valutazione dell'Amministrazione si articola a sua volta in una duplice fase: una valutazione di idoneità tecnica della proposta, e all'esito una valutazione di rispondenza della stessa al pubblico interesse.

La giurisprudenza ha giustamente evidenziato come sia soprattutto in questa seconda fase che massimo è il margine di discrezionalità riservato alla Pubblica amministrazione, trattandosi di giudizio coinvolgente la valutazione comparativa

degli interessi che essa assume rilevanti in un determinato momento storico (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 5 aprile 2006 n. 1117).

In definitiva, una proposta pur giudicata idonea e fattibile sotto il profilo tecnico, potrà essere respinta in quanto ritenuta non conforme al pubblico interesse, a seguito della predetta valutazione comparativa.

L'orientamento cui si fa qui riferimento, condiviso dalla Sezione, si muove attraverso le seguenti coordinate (cfr., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2005 n. 6287):

a) nella procedura di project financing si apprezza l'alto grado di discrezionalità che compete al gestore del programma, nella valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse;

b) è quindi compito dell'Amministrazione procedente valutare se il progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori non definito nei suoi contenuti progettuali possa avere attuazione di talché la non coerenza del piano finanziario determina l'irrealizzabilità della proposta da valutare, rendendola inidonea allo scopo;

c) ne deriva che essa può esercitare il potere, riconosciutole dalla legge, di chiedere in corso di procedura integrazioni e chiarimenti a tutte le proponenti nel rispetto dei principi di par condicio e trasparenza, atteso che l'art. 37 bis della legge n. 109 del 1994, come modificato dalla legge n. 166 del 2002, al comma 2 ter lett. b), consente espressamente all'Amministrazione di chiedere una « [...] dettagliata richiesta di integrazione [...] » alle proponenti; e dall'altro, l'art. 37 ter contempla la possibilità di un apporto collaborativo anche spontaneo dei proponenti che ne facciano richiesta (sul punto cfr. anche T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 5 ottobre 2007 n. 1597);

d) in conclusione, nelle procedure di affidamento di lavori mediante il sistema del project financing va individuato nella coerenza e sostenibilità del piano economico

finanziario il nucleo centrale dell'offerta, la cui congruenza è indispensabile per il giudizio di affidabilità della proposta nel suo complesso (sul punto cfr. anche T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 19 aprile 2007 n. 1087).

7. Le suesposte osservazioni inducono il Collegio a ritenere infondate le doglianze avanzate dalla ricorrente con riferimento alle ragioni, espresse nel provvedimento principalmente impugnato, che hanno indotto l'Amministrazione procedente a escludere la proposta presentata perché non corrispondente al pubblico interesse, con particolare riferimento all'intervenuta normativa sulla sicurezza degli stadi e sulla congruità del piano finanziario, richiamando al proposito la decisione del Consiglio di Stato n.2979 del 2008, secondo la quale la valutazione della vantaggiosità dell'offerta, come risulta dal piano economico finanziario, presuppone l'accertamento della effettiva e concreta redditività dell'operazione a fronte di prezzi che si collochino al di sopra di medie di mercato e siano quindi in grado di negativamente influenzare le entrate previste dal piano, incidendo sull'equilibrio della gestione che spetta all'amministrazione valutare.

Per quanto riguarda il profilo urbanistico, poi, la circostanza dell'ammissibilità in astratto di una variante specifica nel caso di opere di interesse pubblico anche prima dell'adozione-approvazione del primo piano di assetto del territorio, non vale a legittimare nel caso in esame la variante de qua, in quanto la proposta di ristrutturazione prevedeva la realizzazione di impianti commerciali di uffici, che a loro volta richiedevano ulteriori giudizi di tipo urbanistico da adottarsi esclusivamente mediante il P.A.T.(sul punto, più in generale, con affermazioni condivise dal Collegio, cfr.Tar Toscana, II, 1708/08).

Attesa la legittimità del provvedimento impugnato, la domanda risarcitoria non può essere accolta, non ravvisandosi alcuna responsabilità nel comportamento della pubblica amministrazione.

sussistono comunque ragioni congrue e sufficienti per disporre integrale compensazione delle spese di lite fra le parti costituite.

P.Q.M.

il tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/04/2010

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

IL SEGRETARIO