

TAR TOSCANA, SENTENZA 02.08.2004, N. 2860; Pres. PETRUZZELLI; Est ORSOLA SPIEZIA; CONSORZIO TOSCANA SALUTE, SOC. COOP. A.R.L./ S.I.O.R AZIENDA USL N. 2 DI LUCCA, AZIENDA USL N. 3 DI PISTOIA e AZIENDA USL N. 4 DI PRATO

1. Il project financing è un istituto che consente la realizzazione di opere pubbliche mediante contratti di concessione avvalendosi di proposte-progetto elaborate da soggetti promotori privati e delle risorse finanziarie da questi investiti nell'iniziativa, mentre nella prospettiva dell'imprenditore privato l'interesse a farsi promotore nasce dall'opportunità di effettuare "investimenti infrastrutturali ed impiantistici di rilevante entità, solitamente basati su di un elevato grado di leva finanziaria, il cui recupero, in termini finanziari, avviene mediante la generazione di flussi di cassa derivanti dalla gestione per un dato periodo di tempo, al termine del quale l'opera passa nella disponibilità dell'ente appaltante".

2. la fase della finanza di progetto è distinta per struttura e funzione rispetto a quella successiva della procedura concorsuale per la scelta del concessionario, per cui, in carenza di espresse disposizioni, non possono essere estese alla procedura di project financing prescrizioni a pena di esclusione applicabili nella gara per l'affidamento finale delle opere pubbliche;

3. La procedura di esame delle proposte di project financing, per se articolata in più fasi per evidenti esigenze organizzative e, quindi, con formazione progressiva della determinazione finale, tuttavia conserva

spiccati caratteri di unicità e globalità; le varie fasi delineate dal disposto dell'art. 37 ter citato corrispondono ai vari complementari profili delle proposte che, per scelta legislativa, devono essere valutati e verificati in ordine sia alla "fattibilità" delle dette proposte sia alla "carezza degli elementi ostativi alla loro realizzazione", ed anche confrontati tra loro, in vista della complessiva valutazione finale di rispondenza o meno al pubblico interesse.

4. pur se l'art. 37 ter legge n. 109/1994, non procedimentalizza l'attività di valutazioni dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, tuttavia la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di par condicio e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara) appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice.

S E N T E N Z A

1) sul ricorso principale n. **331/2004** proposto da **CONSORZIO TOSCANA SALUTE, SOC. COOP. A.R.L.**, con sede in Firenze, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dal Prof. Avv. Mario P. Chiti, dal Prof. Avv. Rino Gracili, dagli avv.ti Alberto Bruni, Natalia Princi, Marco Miccinesi, Antonino Morello, Stefano Vinti, Maria Teresa Grassi e Fabio Monaco Roversi ed elettivamente domiciliato presso lo Studio Chiti in Firenze, Viale G. Matteotti n. 60;

c o n t r o

-il **SISTEMA INTEGRATO OSPEDALI REGIONALI - S.I.O.R.**, associazione tra le **AZIENDA USL N. 1 DI MASSA E CARRARA**, **AZIENDA USL N. 2 DI LUCCA**, **AZIENDA USL N. 3 DI PISTOIA** e **AZIENDA USL N. 4 DI PRATO**, Progetto “Nuovi Ospedali” con sede legale in Prato presso l’A. USL n. 4, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Domenico Iaria, Andrea Guarino e Giuseppe Toscano ed elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Firenze, via de’Rondinelli n. 2;

e n e i c o n f r o n t i

a) della **REGIONE TOSCANA**, in persona del Presidente della Giunta regionale p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall’avv. Lucia Bora ed elettivamente domiciliato presso l’Avvocatura Regionale in Firenze, via Cavour n. 18;

b) del **COMUNE DI CARRARA**, in persona del Sindaco p.t.; **COMUNE DI PISTOIA**, in persona del Sindaco p.t.; **COMUNE DI PRATO**, in persona del Sindaco p.t.; **COMUNE DI LUCCA**, in persona del Sindaco p.t.; **COMUNE DI MASSA**, in persona del Sindaco p.t., tutti non costituitosi in giudizio;

c) della **R.T.I.** formato da **ASTALDI S.P.A.**, **TECHINT COMPAGNIA TECNICA INTERNAZIONALE S.P.A.**, **PIZZAROTTI & C. S.P.A.**, dei quali l’Astaldi S.p.a., in proprio e quale mandataria, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni, Andrea Segato, Stefano Grassi, Francesco Adavastro ed elettivamente

domiciliata presso lo studio del terzo di tali difensori in Firenze, Corso Italia n. 2;

d) della **TECHINT COMPAGNIA TECNICA INTERNAZIONALE S.P.A.** e della **PIZZAROTTI & C. S.P.A.**, non costituitesi in giudizio;

e) di **PORTOGHESI PAOLO, SACCANI CARLO FELICE, D'INNOCENZO MARINELLA, VARALDO RICCARDO, MIGLIO FEDERICO**, non costituitisi in giudizio;

nonchè sui ricorsi incidentali proposti da:

- **ASTALDI S.P.A. MANDATARIA R.T.I.**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni, Andrea Segato, Stefano Grassi, Francesco Adavastro ed elettivamente domiciliata presso lo studio del terzo di tali difensori in Firenze, Corso Italia n. 2;

2) sul ricorso n. **1081/2004** proposto dal **COMUNE DI LUCCA**, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Morbidelli ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Firenze, via Lamarmora n. 14;

co n t r o

-il **SISTEMA INTEGRATO OSPEDALI REGIONALI - S.I.O.R.**, associazione tra le **AZIENDA USL N. 1 DI MASSA E CARRARA, AZIENDA USL N. 2 DI LUCCA, AZIENDA USL N. 3 DI PISTOIA** e **AZIENDA USL N. 4 DI PRATO**, Progetto “Nuovi Ospedali” con sede legale in Prato presso l’A. USL n. 4, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Domenico Iaria, Andrea Guarino e Giuseppe Toscano ed

elettivamente domiciliato presso lo studio del primo in Firenze, via de'Rondinelli n. 2;

e nei confronti

a) della **REGIONE TOSCANA**, in persona del Presidente della Giunta regionale p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lucia Bora e Fabio Ciari ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Regionale in Firenze, via Cavour n. 18;

b) del **COMUNE DI PISTOIA**, in persona del Sindaco p.t.; **COMUNE DI PRATO**, in persona del Sindaco p.t.; **COMUNE DI MASSA**, in persona del Sindaco p.t., tutti non costituitisi in giudizio;

c) della **SOC. ASTALDI S.P.A. IN R.T.I.**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni, Andrea Segato, Stefano Grassi, Francesco Adavastro ed elettivamente domiciliata presso lo studio del terzo di tali difensori in Firenze, Corso Italia n. 2;

d) della **SOC. ASTALDI S.P.A. MANDATARIA R.T.I.**, del **CONSORZIO TOSCANA SALUTE**, della **TECHINT COMPAGNIA TECNICA INTERNAZIONALE S.P.A.**, della **PIZZAROTTI & C. S.P.A.**, di **PORTOGHESI PAOLO**, **SACCANI CARLO FELICE**, **D'INNOCENZO MARINELLA**, **VARALDO RICCARDO**, **MIGLIO FEDERICO**, tutti non costituitisi in giudizio;

nonchè sul ricorso incidentale proposto da:

- **ASTALDI S.P.A. MANDATARIA R.T.I.**, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Annoni, Andrea Segato, Stefano Grassi, Francesco

Adavastro ed elettivamente domiciliata presso lo studio del terzo di tali difensori in Firenze, Corso Italia n. 2;

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

- della deliberazione del Sistema Integrato Ospedali Regionali n. 15 del 12.12.2003, avente ad oggetto “Adempimenti ex art 37 ter l. n. 109/94 e successive modifiche e integrazioni”, di tutti i suoi allegati;
- della comunicazione 18.12.2003 di designazione del promotore;
- nonchè di ogni altro atto, ancorchè incognito, ad essa delibera presupposto, connesso e/o consequenziale, fra cui:
 - della deliberazione del Sistema Integrato Ospedali Regionali n. 3 del 28.03.2003, avente ad oggetto “Nomina del RUP e dell'Ufficio del RUP”;
 - della deliberazione del Sistema Integrato Ospedali Regionali n. 7 del 12.05.2003, avente ad oggetto “Riunione Assemblea in data 12.5.2003 – Determinazioni”;
 - della deliberazione del Sistema Integrato Ospedali Regionali n. 8 del 13.06.2003, avente ad oggetto “Riunione Assemblea in data 13.6.2003 – Determinazioni”;
 - della deliberazione del Sistema Integrato Ospedali Regionali n. 9 del 27.06.2003, avente ad oggetto “Riunione Assemblea in data 27.6.2003 – Determinazioni”;
- dell'atto – verbale del 29.07.2003 dell'Assemblea del Sistema Integrato Ospedali Regionali, e suo allegato;
- dell'atto – verbale del 28.08.2003 dell'Assemblea del Sistema Integrato Ospedali Regionali;

- dell'atto – verbale del 10.11.2003 dell'Assemblea del Sistema Integrato Ospedali Regionali;

- dell'atto – verbale del 19.12.2003 del Comitato Istituzionale permanente per la realizzazione del progetto Nuovi Ospedali del programma di investimenti sanitari strategici del piano sanitario regionale, costituito presso la Giunta Regionale Toscana;

nonchè, per quanto possa occorrere, ed in parte qua, delle linee guida per la progettazione, fatte proprie dalla deliberazione del SIOR n. 4 del 28.03.2003 avente ad oggetto “presa d'atto delle linee ed avviso/informativa per la ricerca dei promoters” nelle denegata ipotesi in cui le stesse dovessero essere interpretate come impeditive della possibilità di presentare servizi aggiuntivi rispetto a quelli nelle stese indicati;

nonchè quanto al ricorso n. 331/2004 per la condanna delle Amministrazioni intimare al risarcimento di danni patiti e patienti dal ricorrente;

e con motivi aggiunti depositati in data 15 marzo 2004 nel R.G. 331/2004:

- della deliberazione del SIOR n. 15 del 12.12.2003 e degli atti a questo presupposti (fra cui la deliberazione del SIOR n. 11 del 14.07.2003, conosciuta solo a seguito dell'accesso agli atti avvenuto successivamente al 7 gennaio 2003);

Visti entrambi i ricorsi principali con i relativi allegati, nonché i collegati ricorsi incidentali ed i motivi aggiunti;

Viste le costituzioni in giudizio delle Aziende USL n. 1, n. 2, n. 3, n.

4, del SIOR, della Regione Toscana, della Astaldi S.p.a. anche mandataria ATI;

Viste le memorie difensive presentate da ciascuna delle parti costituite;

Visti tutti gli atti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 30 giugno 2004 - relatore il Consigliere Lydia Ada Orsola Spiezia - gli avv.ti A. Bruni, R. Gracili, N. Princi, M. Miccinesi, A. Morello, P. M. Chiti, M. T. Grassi, F. Monaco Roversi, D. Iaria, A. Guarino G. Toscano, L. Bora, M. Annoni, A. Segato, S. Grassi, F. Adavastro, G. Morbidelli;

Pronunciato in pari data, ai sensi dell'art. 4 legge 205/2000, il dispositivo di sentenza n. 71/2004 pubblicato il 1 luglio 2004;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

1. In attuazione degli indirizzi fissati dalla delibera del Consiglio regionale toscano 12.2.2003 n. 31 in materia di realizzazione degli interventi sanitari programmati ed, in particolare, con specifico riferimento al progetto "Nuovi Ospedali", le aziende sanitarie n. 2 di Lucca, n. 4 di Prato, n. 1 di Massa e Carrara e n. 3 di Pistoia provvidero a costituire un'associazione interaziendale denominata Sistema Integrato Ospedaliero Regionale - S.I.O.R., con sede legale a Prato, il cui Statuto fu sottoscritto nel marzo 2003 e che, tra l'altro, aveva lo scopo di consentire la gestione di tutte le procedure necessarie per la realizzazione dei nuovi ospedali delle Apuane, di Lucca, di Pistoia e Prato, secondo un progetto unitario, provvedendo a

tutte le iniziative necessarie tra cui il ricorso alla procedura di finanza di progetto (ai sensi dell'art. 37 bis della legge n. 109/1994) con predisposizione del relativo avviso pubblico e la valutazione delle proposte presentate dagli aspiranti promotori.

Quindi, a seguito della pubblicazione del detto avviso e della contestuale redazione delle linee guida cui doveva attenersi il promotore per la progettazione alla prescritta data del 30 giugno 2003, (v. delibera 28.3.2003 n. 4, S.I.O.R) sono giunte alla sede del SIOR due proposte, presentate dal Consorzio Toscana salute e dall'ATI Astaldi S.p.a., Techint e Pizzarotti.

Con delibera 12.12.2003 n. 15 il SIOR, acquisito il parere espresso dalla Commissione tecnico consultiva a tal fine insediata nonchè le valutazioni dei competenti servizi tecnici e delle direzioni sanitarie delle Aziende locali partecipanti all'associazione, ha dichiarato di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 37 ter legge n. 109/1994, la proposta presentata dall'ATI Astaldi S.p.a. individuando in questo raggruppamento il promotore finanziario ai fini dell'espletamento delle successive fasi della procedura, previa introduzione - comunque - di alcuni correttivi della proposta "già desumibili dagli atti istruttori".

1.1. Avverso tale deliberazione, unitamente a tutti gli atti presupposti più precisamente indicati in epigrafe, il Consorzio Toscana Salute ha presentato il ricorso RG. 331/2003, chiedendo l'annullamento previa sospensione, degli atti impugnati nonchè la condanna delle Amministrazioni intimare al risarcimento dei danni patiti e patienti

dal ricorrente, materiali e morali, con riserva di quantificazione in corso di giudizio.

A sostegno della propria pretesa il Consorzio ricorrente, dopo un'ampia premessa sul quadro istituzionale e normativo di riferimento, deduce 11 articolati motivi, di cui i primi atti attengono a plurimi prospettati vizi procedurali in cui sarebbe incorso il SIOR nell'esame delle proposte di project financing, mentre gli ultimi tre sviluppano censure sulla valutazione espressa dal SIOR sui profili economico-finanziario, sulla compatibilità urbanistica ed ambientale e sugli impianti meccanici, elettrici e speciali.

In particolare con i suddetti motivi procedurali il ricorrente deduce innanzitutto la violazione degli artt. 37 bis e ter nonché dell'art. 21 della legge n. 109/1994 nonché l'eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, illogicità, indeterminatezza, violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e del principio del collegio perfetto ed altri (per i quali si rinvia all'atto introduttivo), illustrando molteplici profili di illegittimità di cui i principali sono i seguenti:

1) la nomina del RUP e della Commissione tecnica consultiva sarebbe avvenuta anteriormente alla scadenza del termine di ricezione delle proposte;

2 - 4 e 7) i criteri per la valutazione dei progetti sono stati fissati dal SIOR in maniera generica e con una "pagina aggiunta" al verbale dell'assemblea del 29.7.2003 e, quindi, successivamente alla verifica delle proposte da parte del RUP e da parte dei direttori sanitari delle ASL, avvenuta il 21.7.2003; le valutazioni delle proposte, poi, erano

state effettuate non solo dalla Commissione tecnica, all'uopo costituita dallo stesso SIOR, ma anche da altri soggetti non autorizzati, che avevano anche predisposto distinte relazioni tra loro non coordinate e recanti, altresì, elementi e criteri di giudizio non integralmente riconducibili a quelli predeterminati nel verbale 29.7.2003; una prima "valutazione finale" della Commissione tecnica, sottoscritta da tutti i membri meno quello esperto del piano economico-finanziario, in data 27.10.2003, era stata successivamente integrata in data 10.11.2003 con valutazioni di opposto tenore divenute prevalenti;

3) la Commissione ha omesso tutte le regole procedurali cui si doveva attenere quale organo collegiale perfetto in quanto non aveva svolto i lavori con la presenza di tutti i membri e, comunque, non aveva verbalizzato le proprie sedute;

5 e 6) la proposta Astaldi è stata prescelta nonostante la esplicita necessità di interventi correttivi, peraltro non precisati nella stessa delibera SIOR, mentre la motivazione della scelta è carente anche se fa riferimento agli atti istruttori, in quanto questi sono contraddittori e, quindi, riflettono tale vizio sulla stessa motivazione;

7) la Commissione non aveva preso in esame gli elementi di valutazione indicati nel verbale 29 luglio 2003, tra cui in particolare la fattibilità urbanistica degli ospedali, il valore economico e finanziario del piano e le modalità di gestione dei servizi, mentre lo stesso giudizio finale della commissione, già definito nella relazione del 27.10.2003, era stato modificato successivamente nella versione che poi era stata sottoscritta e consegnata al SIOR in data 5.12.2003;

8) la Commissione non aveva esaminato la “coerenza normativa” delle due proposte, non rilevando - quindi - che quella dell’ATI Astaldi confliggeva in più punti con le indicazioni fissate nelle linee guida, mentre la stessa valutazione favorevole data alla proposta del ricorrente, in materia di organizzazione sanitaria, era stata immotivatamente modificata nella stesura definitiva della relazione; la stessa assemblea SIOR, poi, aveva acquisito anche le autonome valutazioni espresse dai servizi tecnici delle singole Aziende sanitarie. Inoltre, a prescindere dai suddetti profili procedurali, le valutazioni attinenti ad alcuni aspetti della proposta quali l’organizzazione sanitaria nelle sue varie componenti sono errate per travisamento, errore nei presupposti ed illogicità;

9) infine la presenza nell’offerta del Consorzio di servizi aggiuntivi non sarebbe incompatibile - come invece avevano concluso la Commissione ed il SIOR - con le indicazioni formulate nelle Linee guida in quanto l’elencazione dei medesimi era solo esemplificativa; quindi l’offerta del ricorrente consorzio non era invasiva degli assetti gestionali ed organizzativi delle Aziende e con le competenze dei Consorzi di area Vasta ma, al contrario, era finanziariamente meno onerosa, mentre la stessa proposta Astaldi presentava alcuni aspetti di incompatibilità urbanistica ed ambientale; inoltre il SIOR, ove necessario, avrebbe potuto scorporare dal piano economico e finanziario presentato dal Consorzio ricorrente i costi corrispondenti all’acquisizione e gestione dei servizi aggiuntivi.

1.2. Si sono costituiti in giudizio il SIOR, unitamente alle Aziende sanitarie associate, nonché la controinteressata Astaldi S.p.a., in proprio e quale mandatario dell'ATI e la Regione Toscana.

Il SIOR e l'ATI Astaldi S.p.a. hanno preliminarmente eccepito l'inammissibilità per carenza d'interesse del ricorso principale a causa della sostanziale difformità della proposta CTS dai requisiti illustrati nelle linee guida e negli altri atti richiamati in queste che la renderebbero chiaramente inidonea a soddisfare l'interesse pubblico, e, quindi, ne avrebbero dovuto comportare l'immediata esclusione da ogni valutazione sul contenuto progettuale; inoltre viene dedotta altresì, l'inammissibilità delle censure procedurali formulate avverso l'operato della Commissione tecnica, in quanto la valutazione di incompatibilità della proposta CTS sarebbe stata espressa autonomamente dal SIOR e, quindi, non sarebbe inficiata dalle irregolarità procedurali in cui secondo il ricorrente principale sarebbe incorsa la Commissione tecnica. Inoltre il ricorrente principale non avrebbe interesse a censurare la proposta presentata dall'ATI Astaldi in quanto l'amministrazione non avrebbe alcun obbligo, nella migliore delle ipotesi, di ripetere la procedura per la scelta di un promotore finanziario, ben potendo decidere di realizzare l'opera in questione con il ricorso a strumenti diversi quali una concessione di costruzione e gestione.

Il SIOR, poi, eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amm.vo adito in quanto il SIOR, in qualità di associazione interaziendale costituita tra Aziende sanitarie locali, avrebbe natura di soggetto

privato, che agisce in regime di diritto privato e, quindi, è sottoposto alla giurisdizione ordinaria.

Nel merito, le suddette controparti hanno chiesto il rigetto del ricorso.

1.3. L'Astaldi S.p.a., in proprio e quale mandataria dell'ATI, ha altresì proposto ricorso incidentale chiedendo l'annullamento, previa misura cautelare condizionata, della delibera SIOR n. 15/2003 (nonchè degli altri atti connessi meglio indicati in epigrafe) nella misura in cui questa non aveva escluso dalla valutazione la proposta del consorzio Toscana Salute per inammissibilità sotto il profilo oggettivo e soggettivo; nonchè per incompletezza della documentazione allegata alla proposta stessa.

1.4. Con motivi aggiunti, notificati in data 8.3.2004, il ricorrente principale ha dedotto l'illegittimità della impugnata delibera SIOR n. 15/2003 sotto l'ulteriore profilo di eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione dell'art. 75 del DPR 554/1999, asserendo che la controinteressata Astaldi non aveva prodotto le dichiarazioni di assenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare, previste dall'art. 75 del D.P.R. 554/1999; la censura, ove accolta, avrebbe carattere dirimente e comporterebbe di riflesso la degradazione ad interesse di mero fatto quello fatto valere con il ricorso incidentale presentato dall'Astaldi che, quindi, dovrebbe essere di conseguenza rigettato, in via pregiudiziale, per carenza di interesse.

Con memoria del marzo 2004 il ricorrente principale ha eccepito l'inammissibilità per carenza d'interesse del ricorso incidentale

Astaldi, in quanto, anche ove le relative contestazioni fossero ritenute fondate, in ogni caso per la proposta del Consorzio sarebbe soltanto confermata la non rispondenza all'interesse pubblico; conclusione che non recherebbe alla ricorrente incidentale alcuna ulteriore utilità rispetto alle determinazioni già prese dal SIOR; inoltre viene eccepita la carenza d'interesse dell'Astaldi a dedurre l'incompletezza documentale della proposta CTS, considerato che la stessa ricorrente incidentale Astaldi aveva ommesso la presentazione della documentazione prevista dall'art. 75 del DPR 554/1999.

Peraltro, con atto notificato il 25 marzo 2004, lo stesso Consorzio CTS ha presentato anche ricorso incidentale avverso tutti gli atti di gara, già impugnati con il ricorso principale, per la parte in cui il SIOR a fronte della incompletezza della documentazione presentata dal Consorzio toscana (denunciata dall'Astaldi S.p.a.) non ha provveduto a chiederne l'integrazione ai sensi dell'art. 37 bis, comma 2 ter, legge 109/1994 ed, in via subordinata, dell'art. 71 DPR 445/2000.

1.5. Con successive memorie il SIOR ha ulteriormente illustrato i profili di inammissibilità del ricorso principale CTS, ribadendo che il giudizio di incompatibilità della proposta CTS era conseguente a caratteristiche immodificabili del progetto ed era stato espresso direttamente dal SIOR, per cui il ricorrente consorzio non potrebbe aspirare a sostituirsi all'ATI Astaldi S.p.a. nè trarrebbe vantaggio da un rinnovamento della procedura, date le caratteristiche della proposta presentata.

Con riguardo al motivo aggiunto presentato da CTS, il SIOR, pregiudizialmente eccepitane la tardività anche avuto riguardo alla data dell'accesso di documenti terminato il 27.1.2004, nel merito ne ha chiesto il rigetto perchè la dichiarazione in questione era stata - invece -prodotta dall'ATI Astaldi unitamente alla documentazione amm.va.

1.6. Con memorie difensive l'ATI Astaldi S.p.a. ha pregiudizialmente eccepito la tardività ed inammissibilità dei motivi aggiunti presentati dal CTS e del collegato ricorso incidentale di quest'ultimo, nonchè la carenza d'interesse con riguardo ad alcune censure del ricorso principale sotto gli ulteriori profili che la proposta CTS sarebbe stata dichiarata non di pubblico interesse anche per i contenuti propri della medesima (oltre che a seguito di esame comparativo) che le "relazioni integrative" predisposte dal CTS sono state depositate solo successivamente alla notifica del ricorso, pur essendo richiamate in alcuni motivi e che in alcuni casi viene contestata la veridicità del contenuto di alcuni atti pubblici; nel merito, poi, la controinteressata ha insistito per l'accoglimento del proprio ricorso incidentale con la conseguente inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse e, comunque, per il rigetto del medesimo.

1.7. La Regione Toscana con argomentazione almeno in parte analoghe a quelle illustrate dal SIOR ha insistito per il rigetto del ricorso, rilevando che la proposta CTS presentava profili di incompatibilità con i requisiti indicati dal SIOR e che la domanda di risarcimento del danno non poteva essere accolta sia perchè non erano

stati provati i pretesi danni sia perchè nell'attività svolta dal SIOR andava esclusa la configurabilità di un illecito risarcibile per mancanza dei requisiti dell'antigiuridicità e della colpa.

1.8. Con memorie del giugno 2004 il Consorzio CTS ha ampiamente replicato alle avverse eccezioni ed ha ulteriormente illustrato le censure dedotte con riguardo alla procedura seguita dal SIOR nella valutazione delle due proposte all'esame, soffermandosi anche ad esporre alcuni fatti verificatisi successivamente alla notifica del ricorso principale e sotto vari profili attinenti alla controversia con espresso riferimento anche alla trasposizione innanzi a questo TAR (dalla sede straordinaria) di analogo ricorso, R.G. 1081/2004, proposto dal Comune di Lucca avverso la stessa delibera SIOR, e che, infatti, è stato trattato congiuntamente a quello R.G. 331/2004 alla stessa udienza.

Sui documenti presentati dal CTS nel giugno 2004 unitamente alle memorie difensive il SIOR nell'imminenza della trattazione della causa, ha presentato specifiche note di udienza.

2. Nello stesso periodo il Comune di Lucca proponeva ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (notificato il 8.4.2004) chiedendo l'annullamento, previa sospensione, della stessa delibera SIOR n. 15/2003 e degli atti connessi (meglio indicati in epigrafe); ricorso che, a seguito di atto di opposizione del SIOR, è stato poi trasposto in sede giurisdizionale con atto di costituzione innanzi a questo TAR Toscana (notificato il 22.5.2004) e prendendo il numero di registro generale R.G. 1081/2004.

Avverso la delibera SIOR in questione e gli atti connessi il Comune di Lucca deduce una serie di censure di impostazione e contenuto simile a quelle formulate nel ricorso R.G. 331/2004 dal Consorzio Toscana Salute, asserendo che la proposta Astaldi S.p.a., dichiarata di pubblico interesse, sia in realtà frutto di una valutazione condotta illegittimamente in violazione dei principi che regolano i procedimenti comparativi e comunque sia “non fattibile oltrechè la meno conveniente per la P.A. e pertanto irragionevole”; in particolare, poi, con specifico riguardo alla posizione ed agli interessi del Comune di Lucca e delle altre tre comunità locali, la scelta del promotore viene censurata per la mancata informazione del Comitato Istituzionale Permanente (di cui facevano parte i Sindaci delle quattro città direttamente interessate dalla realizzazione dei nuovi ospedali, quindi, anche quello di Lucca) circa lo svolgimento della valutazione comparativa delle due proposte presentate (motivo XII), nonchè per il contrasto della proposta Astaldi S.p.a. con la normativa urbanistica ed ambientale vigente nei Comuni interessati alla localizzazione delle nuove strutture ospedaliere con particolare riguardo al quadro urbanistico esistente nel Comune di Pistoia, alla mancata osservanza degli standard dei parcheggi stabiliti dal Comune di Lucca ed all’interferenza dell’intervento edilizio con le falde freatiche da preservare nelle aree dove, invece, era prevista la localizzazione degli ospedali di Pistoia e Massa.

2.1. Si sono costituiti in giudizio il SIOR, la controinteressata e la Regione Toscana, chiedendo il rigetto del ricorso.

Anche per questo ricorso l'Astaldi S.p.a. ha proposto ricorso incidentale con cui ha chiesto l'annullamento in parte qua, previa sospensione condizionata, della delibera SIOR n. 15/2003, deducendo la pregiudiziale inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse, "stante l'inammissibilità della proposta presentata CTS" per insanabili difformità rispetto ai requisiti prescritti nonchè per inammissibilità soggettiva dello stesso proponente.

Inoltre la controinteressata, con memoria del giugno 2004, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva e per carenza d'interesse sotto molteplici profili e nel merito ha chiesto che sia dichiarato inammissibile in corrispondenza all'accoglimento del ricorso incidentale oppure, in subordine, che sia respinto perchè infondato.

2.2. Con memorie del giugno 2004 anche il SIOR e la Regione Toscana hanno eccepito la inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione e per carenza d'interesse a ricorrere con argomentazioni analoghe a quelle esposte dalla controinteressata, mentre nel merito, dopo aver replicato alle singole censure, hanno insistito per il rigetto del ricorso principale.

Con memoria depositata nell'imminenza della trattazione della causa il Comune di Lucca ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale presentato da Astaldi S.p.a., che a suo avviso al massimo si dovrebbe convertire in memoria difensiva e quindi, replicando all'eccezione di difetto di legittimazione attiva, ha ulteriormente illustrato le proprie censure.

Chiamate entrambe le cause alla pubblica udienza del 30 giugno 2004 ed uditi i difensori meglio indicati nel relativo verbale, i due ricorsi sono stati introitati per la decisione ed in pari data è stato pronunciato il dispositivo di sentenza ai sensi dell'art. 4 legge 205/2000, che poi con il numero 71 è stato pubblicato il 1° luglio 2004.

DIRITTO

1. In diritto va pregiudizialmente disposta la riunione dei due ricorsi in epigrafe per evidenti ragioni di connessione oggettiva in quanto entrambi hanno per oggetto l'impugnazione della deliberazione 12-12-2003 n. 15 con cui il Sistema Integrato Ospedali Regionali - S.I.O.R., nell'ambito della procedura di finanza di progetto di cui all'art. 37 bis e seguenti della legge 11-2-1994 n. 109 (Legge quadro sui lavori pubblici), ha dichiarato di pubblico interesse la proposta di progetto (meglio in seguito indicata) presentata dalla A.T.I. Astaldi - Techint - Pizzarotti, chiedendo - altresì - l'annullamento di molti atti del procedimento corrispondente più precisamente indicati in epigrafe.

Al fine di definire lo scenario sanitario - amministrativo regionale in cui si colloca la controversia all'esame è utile tener presente che nel programma pluriennale di interventi sanitari strategici di cui al piano sanitario Regione Toscana 2002-2004 (approvato con delibera consiliare 9.4.2002 n. 60) è stato previsto il progetto denominato "Nuovi Ospedali" (vedi delib. Cons. Reg. 23.12.2002 n. 202), orientato alla "sostituzione dei presidi portanti della rete ospedaliera" mediante la realizzazione di quattro nuovi ospedali per acuti nelle città di Prato, Pistoia, Lucca e Massa, con un onere finanziario stimato in

Euro 353.286 migliaia; inoltre, nel definire gli indirizzi alle aziende sanitarie interessate alla realizzazione di tale progetto, la delibera consiliare 12.2.2003 n. 31 ha stabilito le linee del piano finanziario (con riferimento alle coperture già individuate nella precedente delibera 202/2002 anche nel contributo statale pari ad Euro 156.032,00 di cui alla delibera CIPE 2.8.2002 n. 65 ed in quello regionale nonchè nello strumento della finanza di progetto per una quota residua non superiore al 25% del fabbisogno finanziario complessivo), delegando altresì ad un unico soggetto, nella veste di un costituendo coordinamento interaziendale tra le Aziende sanitarie interessate (A. USL n. 3 di Massa e Carrara, n. 2 di Lucca, n. 3 di Pistoia e n. 4 di Prato), i compiti prodromici e funzionali alla progettazione ed all'appalto per la realizzazione dei quattro ospedali in questione; ciò espresso fine di assicurare una concertazione unitaria e contestuale delle scelte strategiche certamente positiva con riguardo alla realizzazione del progetto.

Quindi le menzionate Aziende Sanitarie, dopo aver provveduto - ciascuna con propria delibera - ad adeguare i propri programmi triennali di investimenti e ad approvare la bozza dello Statuto della costituenda associazione nonchè le linee guida per la progettazione dei quattro ospedali, con atto del 24.3.2003 hanno costituito l'Associazione interaziendale - in seguito denominata S.I.O.R. - Sistema Integrato Ospedaliero Regionale, con sede legale a Prato, al fine di svolgere le procedure necessarie alla realizzazione di nuovi ospedali, secondo un progetto unitario sotto il profilo sanitario -

gestionale e strutturale volto a garantire standard assistenziali omogenei; lo stesso atto costitutivo, all'art. 4, prevedeva l'esperimento dei vari adempimenti procedurali necessari per l'utilizzazione dello strumento della finanza di progetto nelle sue varie progressive scansioni.

Quindi ciascuna delle Aziende in questione, con avviso contestualmente pubblicato, ha reso noto che la propria programmazione aziendale contemplava la realizzazione - aperta anche all'ingresso di capitale privato - di un nuovo ospedale nell'ambito di un unitario progetto funzionale e sanitario/gestionale comprendente la realizzazione di un'analogia struttura presso le altre aziende associate nel S.I.O.R.. Alla data del 30.6.2003, nel rispetto dei termini procedurali stabiliti dall'art. 37 bis della legge n. 109/1994, sono pervenute al S.I.O.R. due proposte presentate dal Consorzio Toscana Salute e dall'A.T.I. Astaldi - Techint e Pizzarotti.

In quello stesso periodo il Consiglio regionale della Toscana, in attuazione di una specifica indicazione del piano sanitario regionale (ed in conformità del modello organizzativo di cui all'art. 11 della legge reg. Toscana n. 22/2000) con delibera 25.9.2002 n. 144 disciplinò nelle linee fondamentali la riorganizzazione delle funzioni tecnico-amministrative delle Aziende sanitarie mediante la prevista Costituzione di Consorzi interaziendali di area Vasta: quello del Nord ovest che raggruppa le Aziende sanitarie locali di Pisa, Livorno, Lucca e Massa Carrara, oltre l'Azienda ospedaliera Pisana e quello del Centro che raggruppa le Aziende di Firenze, Empoli, Prato e Pistoia,

oltre le Aziende Ospedaliere Careggi e Meyer: la delibera medesima, inoltre, attribuiva a tali Consorzi, da costituirsi entro il 30.9.2002, la titolarità delle funzioni di supporto tecnico-amministrativo delle aziende sanitarie a partire dalla gestione dei processi di approvvigionamento, che, comunque, doveva essere avviata a partire dal 1.1.2003, previa predisposizione - entro il 30 11.2002 - di un apposito programma, oggetto anche di concertazione con le organizzazioni sindacali, per l'attivazione della funzione acquisti di esclusiva competenza dei detti consorzi; quindi, in conformità a tali indicazioni, le aziende sanitarie interessate hanno aderito nei tempi stabiliti ai rispettivi consorzi i quali, quindi, hanno raggiunto nel corso del 2003 i livelli di operatività ipotizzati nei rispettivi piani - programma.

Al termine della procedura di valutazione delle proposte, presentate dagli aspiranti promotori della finanza di progetto per i Nuovi Ospedali, il S.I.O.R. con la delibera 12.12.2003 n. 15, impugnata da entrambi i ricorsi principali in epigrafe nonché, per profili di natura pregiudiziale, anche dalla controinteressata con ricorso incidentale, ha dichiarato "non di pubblico interesse" ai sensi dell'art 37 ter della legge n. 109/1994 il progetto presentato dal Consorzio Toscano Salute, mentre ha individuato nell'A.T.I. Astaldi il promotore ai fini dell'espletamento delle successive fasi della procedura, avendo ritenuto, pur se con alcuni interventi correttivi, la proposta Astaldi fattibile e di pubblico interesse.

2. Nel descritto quadro istituzionale ed organizzativo si inserisce la

vicenda giurisdizionale oggetto dell'esame di questo Collegio, che, per ragioni di snellezza di esposizione prende in considerazione prioritariamente il ricorso R.G. 1081/2004 proposto dal Comune di Lucca.

Al riguardo in primo luogo si ritiene fondata l'eccezione di carenza di legittimazione a ricorrere sollevata nei confronti del Comune in questione sia dal S.I.O.R. sia dalle altre controparti costituite.

Infatti, pur condividendo in via di principio l'assunto che l'amministrazione comunale, quale ente territoriale esponenziale della comunità locale, è titolare di una posizione qualificata e differenziata nei confronti di tutti i provvedimenti che incidono sull'assetto del territorio comunale, tuttavia il Collegio in punto di fatto non ritiene che, allo stato, sussista tale situazione giuridica in capo al Comune di Lucca, ricorrente: invero in questo segmento della procedura di project financing, conclusasi con l'adozione da parte del S.I.O.R. della contestata delibera n. 15/2003, mentre da un lato il Comune non può dolersi di alcune caratteristiche della proposta elaborata dal promotore prescelto, che concernono scelte organizzative di natura sanitaria e, quindi, rientranti nell'ambito di esclusiva competenza delle Aziende sanitarie locali, dall'altro, con specifico riguardo alle attribuzioni comunali in ordine al governo del territorio, è agevole rilevare che la localizzazione della nuova struttura ospedaliera nella frazione di San Filippo, pur ricadendo in un'area con diversa destinazione urbanistica, non è stata oggetto di contestazione da parte del Comune stesso che, infatti, con delibera consiliare 26.6.2003 n. 81 ha adottato la

corrispondete variante al P.R.G. comunale, recependo la configurazione dell'area per la localizzazione del nuovo ospedale come rappresentata nella planimetria trasmessa dall'A.U.S.L. con nota 22.5.2003.

Pertanto appare non pertinente la recente pronuncia del giudice di primo grado (TAR Veneto, Sez. I, 15.3.2004 n. 680) citata dal ricorrente Comune a sostegno della propria legittimazione a ricorrente, in quanto nel caso invocato si trattava di una procedura di finanza di progetto finalizzata alla costruzione di una Superstrada e, quindi, di un'opera pubblica in cui le caratteristiche di tracciato e costruttive incidono in via primaria sull'assetto del territorio e ne rappresentano profili di primaria, (se non esclusiva), valutazione in ordine alla tutela degli interessi della collettività locale al buon governo urbanistico ed ambientale del territorio.

2.1. Nè tanto meno la pretesa legittimazione del Comune di Lucca può trovare sostegno nella circostanza che il Sindaco fa parte del Comitato istituzionale permanente (cui partecipano anche i sindaci degli altri tre Comuni interessati al progetto Nuovi Ospedali, è presieduto dall'assessore regionale per la salute), costituito dalla giunta regionale con delibera 10.3.2003 n. 217 con il "compito precipuo di presidiare il processo di attivazione del progetto "Nuovi Ospedali", con riferimento agli aspetto localizzativi e di salvaguardia degli adempimenti connessi, ed agli adempimenti connessi con la completa realizzazione del progetto".

Infatti, a prescindere da ogni considerazione in ordine alla carenza di

funzioni deliberative o di vigilanza in senso stretto attribuite all'organo collegiale in questione nello svolgimento della procedura di individuazione del promotore privato, risulta prioritaria l'osservazione che in tale ipotesi, comunque, solo il presidente sarebbe il soggetto abilitato a stare in giudizio per far valere lesioni delle prerogative dell'organo stesso.

D'altra parte nel ricorso l'amministrazione municipale di Lucca non ha formulato censure nè sulla localizzazione della nuova struttura ospedaliera nè sulla valorizzazione dei beni patrimoniali delle vecchie strutture sanitarie di cui è stata prevista la dismissione nell'ambito del complessivo progetto di ammodernamento dei presidi ospedalieri regionali.

Per le esposte considerazioni, quindi, assorbita ogni altra eccezione e profilo pregiudiziale, il ricorso R.G. 1081/2004, proposto dal Comune di Lucca, va dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione attiva.

2.2. Conseguentemente va dichiarato improcedibile per carenza sopravvenuta d'interesse il ricorso incidentale collegato proposto dalla controinteressata Astaldi S.p.a. per censurare, sotto diversi profili, la stessa delibera S.I.O.R. n. 15/2003 impugnata con il ricorso principale suddetto.

3. Passando all'esame del ricorso R.G. 331/2004 va precisato che a seguito dell'atto introduttivo sono stati presentati motivi aggiunti nonchè ricorso incidentale da parte della controinteressata Astaldi S.p.a., in proprio e quale mandataria (della associazione temporanea

costituita con Techint e Pizzarotti S.p.a.), ed ancora un ricorso incidentale proposto dal ricorrente principale medesimo in via subordinata all'accoglimento del gravame della controinteressata.

In tal guisa individuati gli atti impugnazione coesistenti nel giudizio in questione, il Collegio deve, comunque, esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto dall'Astaldi S.p.a. per far valere la pregiudiziale inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse in relazione all'asserita carenza dei minimi requisiti di ammissibilità della proposta elaborata dal Consorzio Toscana Salute; carenza rilevata sotto più profili di carattere soggettivo ed oggettivo e con riguardo alla documentazione richiesta e che, a dire del ricorrente incidentale, avrebbero dovuto condurre il S.I.O.R. all'immediata esclusione della CTS da ogni ulteriore valutazione circa la corrispondenza della stessa al pubblico interesse ai sensi dell'art. 37 ter legge n. 109/1994.

Peraltro il CTS ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale Astaldi in quanto, in primo luogo, la sua stessa proposta sarebbe carente e non meritevole della dichiarazione di pubblico interesse; in secondo luogo il ricorso incidentale muoverebbe dall'errato presupposto che la valutazione delle proposte di project financing ai sensi dell'art. 37 ter citato debba suddividersi in una prima preliminare fase di verifica dell'ammissibilità delle medesime ed in una seconda, successiva, di comparazione di merito delle proposte ammesse ed, in fine, in quanto l'impugnativa censurerebbe soltanto la mancata "esclusione" della proposta C.T.S., mentre il ricorso principale di tale

consorzio è diretto anche avverso atti della procedura comparativa che precedono la valutazione delle proposte stesse; inoltre, sempre ad avviso del Consorzio ricorrente principale (vedi motivi aggiunti, dei quali - peraltro - il S.I.O.R. eccepisce la tardività) l'Astaldi non avrebbe interesse, quanto al motivo di impugnazione "C", a dedurre l'incompletezza della documentazione allegata alla proposta CTS, in quanto la sua stessa proposta era priva delle dichiarazioni di cui all'art. 75 D.P.R. n. 554/1999 sull'assenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare.

Si ritiene, comunque, di poter prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sopraesposte poichè il ricorso incidentale è infondato.

In particolare l'Astaldi S.p.a. deduce, sotto il profilo soggettivo, l'inidoneità del CTS ad assumere la veste di promotore in quanto al Consorzio avrebbero partecipato alcuni soggetti non abilitati a partecipare alle procedure concorsuali, quali l'Unione Regionale delle Camere di Commercio della Toscana e la Polis S.p.a., società a partecipazione maggioritaria di enti locali. Ritiene, infatti, il ricorrente incidentale che l'Unioncamere Toscana non è un soggetto imprenditoriale e, quindi, non è riconducibile ad alcuno dei soggetti indicati all'art. 10 e 37 bis della legge n. 109/1994 e nè tanto meno può avvalersi della previsione dell'art. 37 bis, comma 2 della citata legge quadro sui lavori pubblici che - invece - alle camere di commercio (e non direttamente all'Unione regionale delle Camere di Commercio) consente di "aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici, forma restando la loro autonomia

decisionale”.

Tali osservazioni, però, non sono condivisibili, in quanto, ai sensi dell’art. 3 del proprio statuto, l’Unioncamere della Toscana promuove i sistemi produttivi della regione e a tal fine può anche partecipare a Consorzi e/o società con personalità giuridica; nè in tal modo riveste un ruolo di “antagonista” (come asserisce il ricorrente) non compatibile con gli scopi istituzionali, ove si consideri che la partecipazione al consorzio Toscana Salute comunque si risolverebbe in un’attività di sostegno dell’imprenditoria allocata sul territorio regionale; inoltre, sempre ai sensi dell’art. 3 dello Statuto, all’Unioncamere toscana è consentito partecipare a consorzi senza bisogno di preventiva convenzione (adempimento imposto per altra situazione), mentre non sussistono validi motivi interpretativi nè sistematici nè letterali per escludere per l’ente in questione la possibilità di “aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici” (di cui all’art. 37 bis, comma 2, legge n. 109/1994) quando il soggetto cui aggregarsi abbia natura plurisoggettiva; è invero evidente che anche all’interno di un consorzio come quello Toscana Salute (costituito ai sensi dell’art. 2602 cod. civ.) la partecipazione della Unioncamere è qualificata dall’obiettivo di realizzare gli scopi di sostegno dell’apparato imprenditoriale regionale statutariamente definiti.

3.1. Analogamente il Collegio non ritiene illegittima (nè viziante in conseguenza) la partecipazione della Polis S.p.a., società in cui il comune di Lucca ha la maggioranza, atteso che - a differenza di

quanto asserito dalla Astaldi S.p.a. - questa non svolgerebbe attività imprenditoriale al di fuori del proprio ambito territoriale di riferimento, ma - a prescindere da ogni ulteriore considerazione sull'assetto normativo delle società miste locali che è tuttora in evoluzione - nell'ambito delle imprese ed enti consorziati è destinataria della gestione del parcheggio a servizio del nuovo Ospedale di Lucca; quindi, poichè non è previsto che svolga la propria attività aziendale al di fuori del territorio dell'ente locale di riferimento, non sussiste il dedotto contrasto con i limiti oggettivi e territoriali stabiliti dall'art. 4 dello Statuto societario.

D'altra parte la stessa legge-quadro n. 109/1994, agli artt. 10 e 13, consente ai membri del consorzio (concorrente in una gara per l'affidamento di lavori pubblici) di limitare la propria responsabilità, quanto alle assunzioni di lavori scorporabili (come nel caso in esame), all'esecuzione delle opere di propria competenza.

3.2. Ma, come si è già detto, il ricorrente incidentale Astaldi S.p.a. ha dedotto l'inammissibilità della proposta CTS non solo sotto il profilo soggettivo, ma anche sotto quello oggettivo con specifico riferimento all'asserita incompletezza della documentazione amministrativa presentata dal Consorzio toscano (p. C del ricorso incidentale); in particolare si rileva che le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti soggettivi, tecnici e finanziari previste dall'art. 75 del DPR n. 554/1999 sarebbero incomplete o irregolari per la mancata osservanza di alcune delle disposizioni vigenti in tema di autocertificazione (si tratta in un caso della presentazione di una carta d'identità scaduta e

nell'altro di una allegazione incompleta di tale documento da parte di due dei consorziati, nonché della mancata apposizione nell'autocertificazione di un consorziato della formula confermativa prevista per l'ipotesi di allegazione di documenti di identità personali non più in corso di validità).

Ad avviso del Collegio, però, le descritte difformità non configurano gli estremi necessari per qualificare inammissibile la proposta del Consorzio toscano in quanto, in primo luogo, nell'avviso e nelle linee guida non sono prescritte specifiche modalità di presentazione della documentazione amministrativa a corredo della proposta ed, inoltre, come ha rilevato la stessa ricorrente incidentale, la fase della finanza di progetto è distinta per struttura e funzione rispetto a quella successiva della procedura concorsuale per la scelta del concessionario, per cui, in carenza di espresse disposizioni, non possono essere estese alla procedura di project financing prescrizioni a pena di esclusione applicabili nella gara per l'affidamento finale delle opere pubbliche; nel caso di specie, invece, si trattava di incompletezze che, tra l'altro, attenevano a dati anagrafici dei sottoscrittori non soggetti a termini di scadenza e, quindi, le stesse configurano in questa fase della procedura irregolarità sanabili anche successivamente alla presentazione della proposta.

Infine non appaiono sussistenti neanche le ragioni di inammissibilità della proposta CTS (sotto il profilo oggettivo), dedotte con capo A del ricorso incidentale Astaldi con riferimento a pretese difformità e carenze sotto il profilo tecnico, gestionale e finanziario che solo

tardivamente, e cioè dopo la comparazione con la proposta dell'altro partecipante, avrebbero condotto il SIOR a formulare la valutazione di non rispondenza all'interesse pubblico della proposta CTS.

Infatti, ad avviso del Collegio, l'interpretazione dell'art. 37 ter della legge n. 109/1994 sotto il profilo sia sistematico sia letterale non consente - come invece sostiene la ricorrente Astaldi - di concludere che l'esame delle proposte di project financing da parte delle amministrazioni aggiudicatrici sia scandito in più fasi distinte sul piano logico e temporale, per cui la valutazione comparativa tra più proposte (per individuare quelle di pubblico interesse) debba reputarsi subordinata ad una pregiudiziale verifica in ordine all'ammissibilità di ciascuna di esse.

In realtà la procedura di esame delle proposte di project financing, per se articolata in più fasi per evidenti esigenze organizzative e, quindi, con formazione progressiva della determinazione finale, tuttavia conserva spiccati caratteri di unicità e globalità; le varie fasi delineate dal disposto dell'art. 37 ter citato corrispondono ai vari complementari profili delle proposte che, per scelta legislativa, devono essere valutati e verificati in ordine sia alla "fattibilità" delle dette proposte sia alla "carenza degli elementi ostativi alla loro realizzazione", ed anche confrontati tra loro, in vista della complessiva valutazione finale di rispondenza o meno al pubblico interesse.

In tal guisa, esclusa la sussistenza di una relazione di pregiudizialità tra le prime fasi dell'esame e quella finale della analisi comparativa delle proposte di project financing ai sensi dell'art. 37 ter legge n.

109/1994, gli eventuali profili di difformità della proposta CTS rispetto alle caratteristiche tecniche, gestionali e finanziarie indicati nelle linee guida e nelle delibere regionali in questi richiamate, più che configurare motivi di inammissibilità della proposta in questione, costituiscono l'oggetto della valutazione di merito di competenza del SIOR e, quindi, rappresentano - semmai - le ragioni ulteriori per cui la proposta CTS poteva essere dichiarata non rispondente al pubblico interesse; ma in questo caso le censure attengono al contenuto della determinazione finale del SIOR, di cui prospettano l'illegittimità sotto profili ulteriori e speculari rispetto a quelli fatti valere dal ricorrente principale e, quindi, vanno eventualmente trattate, secondo la regola generale, solo in via dipendente e subordinata all'accoglimento del ricorso principale proposto dal Consorzio toscano; con tale ricorso principale, è utile ricordare fin da ora, vengono dedotti sia vizi procedurali relativi alle modalità di svolgimento della fase istruttoria e di valutazione finale della proposta CTS da parte del SIOR sia vizi attinenti alla dichiarazione di rispondenza della proposta ATI Astaldi S.p.a. al pubblico interesse.

Pertanto il ricorso incidentale Astaldi S.p.a., collegato al ricorso principale RG. 331/2004, va respinto poichè infondato nei sensi illustrati con riguardo ai punti A e C, mentre per il restante punto B - ove necessario - sarà esaminato soltanto successivamente al ricorso principale proposto dal Consorzio toscano.

4. Va, invece, dichiarato inammissibile il ricorso incidentale presentato dallo stesso ricorrente principale per dedurre l'ulteriore

profilo di illegittimità della delibera SIOR n. 15/2003 nella misura in cui il SIOR non ha richiesto l'integrazione della documentazione amministrativa presentata incompleta da due aziende partecipanti al consorzio.

In capo al ricorrente principale, infatti, non può coesistere anche la posizione sia sostanziale sia processuale che legittima nel giudizio amministrativo il controinteressato a proporre impugnazione incidentale dipendente (avverso lo stesso provvedimento censurato dal ricorrente principale), al fine di dedurre ulteriori profili di illegittimità che gli consentano di ottenere vantaggi che non gli sono stati attribuiti oppure di paralizzare le pretese del ricorrente principale facendo valere situazioni pregiudiziali che fanno venir meno l'interesse di quest'ultimo a ricorrere.

5. Prima di trattare il ricorso principale nel merito, occorre esaminare le molteplici eccezioni pregiudiziali sollevate in termini quasi sovrapponibili sia dal SIOR sia dall'astaldi S.p.a., controinteressata.

In primo luogo viene eccepita la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento a vari argomenti quali il fatto che le aziende sanitarie (dopo il decreto leg.vo 229/1999) rientrano nella categoria degli enti pubblici economici che operano con atti di diritto privato e che, nel caso di specie, le quattro aziende interessate al Progetto Nuovi Ospedali hanno costituito una associazione interaziendale che costituisce un vero e proprio soggetto di diritto privato, mentre - per altro verso - la procedura di ricerca del promotore finanziario non rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione esclusiva

contemplata in tema di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture dalla legge n. 205/2000.

L'eccezione, però, non è condivisibile.

E' agevole rilevare che, ai sensi dell'art. 2 legge quadro 109/1994, le disposizioni sulle procedure concorsuali per l'affidamento di opere e servizi si applicano anche agli enti pubblici economici, nonchè in confronti di soggetti privati con riguardo ai lavori di realizzazione di ospedali oppure ai lavori pubblici finanziati (come nel caso di specie) per oltre il 50%, mentre, per altro verso, non appare coerente con il quadro normativo di riferimento ipotizzare che la procedura di finanza di progetto non può rientrare nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amm.vo fissata dalla legge n. 205/2000 per le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie; infatti la scelta del promotore non può essere scorporata dalla successiva fase di scelta del concessionario, perchè come si è già detto sopra, il project financing rappresenta un'articolazione di una procedura unitaria e complessiva che nel primo modulo si compie con la valutazione della rispondenza o meno al pubblico interesse delle proposte di progetto presentate dagli aspiranti promotori.

5.1. Occorre ora trattare l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse sollevata sia da SIOR che da Astaldi S.p.a. con riferimento alla "centralità del piano economico-finanziario e di immodificabilità".

In sostanza le controparti, premesso che il provvedimento SIOR n.

15/2003 conterrebbe valutazioni sia comparative delle due proposte presentate sia assolute e cioè specifiche per ciascuna proposta singolarmente considerata, deducono che, da un lato, la proposta CTS è stata ritenuta non di pubblico interesse per cinque ragioni e che, quindi, finchè resta ferma una sola di queste, le censure formulate dal ricorrente consorzio in ordine alla valutazione comparativa sarebbero in conseguenza “prive di rilievo”, mentre lo stesso consorzio in sostanza avrebbe prestato acquiescenza a tale “giudizio di incompatibilità”, non avendolo congruamente ed utilmente censurato con il nono motivo di impugnazione; a tale assetto processuale conseguirebbe la carenza d’interesse al ricorso perchè, comunque, il consorzio toscano, pur se la valutazione comparativa fosse viziata, non riuscirebbe a rimuovere la valutazione negativa della propria proposta sotto i cinque profili individuati nella delibera SIOR impugnata.

Ma tale prospettazione, pur suggestiva, non può esser condivisa.

Innanzitutto non si ravvisa la eccepita acquiescenza alla valutazione di non rispondenza all’interesse pubblico della proposta CTS in quanto l’articolato nono motivo di impugnazione censura sotto più profili la determinazione negativa del SIOR non tralasciando, ovviamente, di replicare ai rilievi di inadeguatezza sollevati nei confronti della proposta CTS; comunque la pretesa inidoneità (sotto i cinque profili richiamati dal SIOR e dalla controinteressata) della proposta CTS al soddisfacimento dell’interesse pubblico; non può, nell’economia processuale, assumere valenza pregiudiziale e condizionante rispetto agli altri profili della controversia (motivi procedurali e motivi relativi

alla valutazione positiva della proposta della controinteressata) in quanto, come si è detto sopra, la valutazione delle proposte da parte del SIOR non è composta da due fasi autonome (di cui una preliminare di valutazione di ammissibilità dei progetti) ma va considerata nella sua inscindibile globalità quale esito unitario di un esame che, invece, per naturali esigenze istruttorie deve riguardare ciascuno dei vari profili nei quali la proposta si articola in connessione alle varie esigenze al cui soddisfacimento è mirata.

D'altra parte, giova precisare e ripetere, il ricorso principale sviluppa tre linee di censura: quelle relative allo svolgimento della procedura di valutazione, quelle relative all'esito del confronto con la proposta Astaldi ATI e quelle relative ai rilievi di difformità dai requisiti prescritti formulati dal SIOR nei confronti della proposta del consorzio medesimo; quindi, specularmente, l'eventuale accoglimento della impugnazione comporterebbe o il rifacimento della intera procedura di valutazione oppure la valutazione di rispondenza al pubblico interesse della proposta CTS.

5.2. Inoltre, sempre seguendo lo stesso ordine di idee, il SIOR ha eccepito l'inammissibilità di tutte le censure procedurali formulate dal CTS, asserendo che nessuno degli atti di pretesa illegittimità per vizi procedurali costituisce il presupposto della valutazione di non rispondenza della proposta CTS al pubblico interesse, mentre, al contrario, il SIOR autonomamente avrebbe rilevato l'incompatibilità della proposta CTS con i programmi gestionali delle Aziende sanitarie e con il sistema centralizzato da acquisizione di beni e servizi

connesso all'istituzione dei Consorzi di Area Vasta; quindi, poichè anche in caso di ripetizione del provvedimento di valutazione delle proposte l'esito sarebbe invariato in ragione dei contenuti obiettivi della proposta del consorzio Toscana, in conseguenza il ricorrente non avrebbe interesse a provocare la rimozione della procedura; analoga osservazione, infine, viene fatta per le censure formulate nei confronti della proposta ATI Astaldi S.p.a. la cui eliminazione non recherebbe alcun vantaggio al Consorzio Toscana.

Gli assunti del SIOR, però, non trovano negli atti di causa i necessari riscontri e non sono condivisibili in punto di diritto.

Infatti le "valutazioni istruttorie" compiute dalla Commissione tecnico consultiva di esperti e dai competenti Servizi delle aziende vengono fatte proprie dal SIOR e costituiscono parte integrante della delibera n. 15/2003; ragione per cui non si può affermare che la valutazione di non rispondenza al pubblico interesse della proposta CTS, sia sottratta dagli effetti delle numerose censure procedurali mosse dal ricorrente; in secondo luogo, in particolare, gli elaborati della Commissione tecnico-consultiva di esperti vengano richiamati nella delibera SIOR impugnata a sostegno della conclusione che il piano economico finanziario del progetto CTS presenta requisiti di stabilità solo se considerato nel suo insieme, non apparendo "scorporabile" nelle sue componenti di offerta di servizi; la stessa relazione dell'esperto della commissione competente all'esame del profilo economico e finanziario delle proposte fa presente che il piano CTS va considerato nella sua globalità e che il SIOR dovrà compiere "una scelta che,

tenendo conto dei ragionamenti svolti, deve indicare se il modello organizzativo dei servizi proposto” “risulta o meno compatibile con la propria concezione di gestione dei servizi ospedalieri nel quadro del nuovo modello di ospedale previsto dall’amministrazione, così come descritto nei documenti di programmazione e nelle linee guida”; pertanto, poichè nei documenti di programmazione vanno inseriti sia la delibera di approvazione del piano sanitario 2002/2004 sia quella costitutiva di Consorzi di area Vasta (del Cons. Reg. 144/2002), è evidente (per motivi non solo logici, ma anche di natura testuale) che l’osservazione circa la interferenza della proposta CTS con le modalità di acquisto di beni e servizi ad opera dei Consorzi di Area Vasta non è stata formulata dal SIOR “autonomamente”, ma pur sempre in sede di elaborazione di elementi istruttori e valutativi predisposti dai vari organi che hanno avuto modo di esprimersi sulle proposte presentate al SIOR o almeno su alcuni profili delle medesime.

5.3. D’altra parte la stessa difesa SIOR cade in contraddizione, ad avviso del Collegio, quando sostiene che l’incompatibilità della proposta CTS con i Consorzi di area vasta trova il suo punto ineludibile nei contenuti obbiettivi del progetto ed in particolare nella circostanza che l’equilibrio del piano economico-finanziario sarebbe profondamente modificato ove si scorporassero i servizi sanitari e che tale situazione aveva formato oggetto di valutazione da parte della Commissione tecnico- consultiva; mentre già nella precedente difesa (memoria 24.3.2004) si era rilevato che l’incompatibilità della proposta CTS con l’attività di approvvigionamento di competenza dei

ConSORZI di area Vasta-C.A.V. era emersa soprattutto alla luce delle osservazioni sviluppate nella relazione del prof. Varaldo e, cioè, all'esito dell'istruttoria.

Inoltre dallo stesso svolgimento delle argomentazioni della difesa SIOR (vedi memoria 19.6.2004 in particolare) si desume che l'asserita incompatibilità della proposta CTS con il consorzio di Area Vasta e l'immodificabilità del piano economico-finanziario (dal quale non possono essere scorporati i servizi sanitari aggiuntivi senza stravolgerlo), sul piano finanziario costituiscono in realtà due aspetti della stessa scelta progettuale, trattandosi della lettura, per un verso, dei servizi aggiuntivi per "categorie" merceologiche e, per l'altro, di parte di bilancio attive e passive.

In conclusione si deve escludere che il giudizio di incompatibilità della proposta CTS con i Consorzi di Area Vasta sia "immune dagli eventuali vizi che dovessero riguardare l'operato della Commissione tecnico consultiva o le disposizioni generali ovvero i contenuti della valutazione comparativa delle due proposte" (vedi memoria SIOR 19.6.2004) e che, pertanto, sia da solo idoneo a sorreggere la determinazione negativa del SIOR; da ciò la conseguenza ulteriore che non si ravvisano i motivi logici prospettati dalla difesa SIOR per esaminare con priorità le censure formulate dal Consorzio toscano con riferimento alla pretesa incompatibilità del piano finanziario del proprio progetto con i Consorzi di area Vasta e che l'ipotizzata infondatezza di queste non è sufficiente, comunque, a far venir meno in capo al ricorrente l'interesse per l'esame delle altre censure.

6. Esaurita la trattazione dei profili pregiudiziali, il Collegio, nell'apprestarsi all'esame del merito della controversia, si deve in primo luogo soffermare su alcune caratteristiche generali dell'istituto della finanza di progetto e del procedimento di valutazione delle proposte di competenza delle amministrazioni aggiudicatrici che di tale strumento si avvalgono, nonché sulla natura dell'attività svolta dallo stesso SIOR nel dar corso alla procedura di finanza di progetto.

Quanto al project financing si tratta di un istituto recepito da altri ordinamenti nella legge-quadro sui lavori pubblici (artt. 37 bis e ter) che consente la realizzazione di opere pubbliche mediante contratti di concessione avvalendosi di proposte-progetto elaborate da soggetti promotori privati e delle risorse finanziarie da questi investiti nell'iniziativa, mentre nella prospettiva dell'imprenditore privato l'interesse a farsi promotore nasce dall'opportunità di effettuare "investimenti infrastrutturali ed impiantistici di rilevante entità, solitamente basati su di un elevato grado di leva finanziaria, il cui recupero, in termini finanziari, avviene mediante la generazione di flussi di cassa derivanti dalla gestione per un dato periodo di tempo, al termine del quale l'opera passa nella disponibilità dell'ente appaltante" (vedi premessa della relazione, predisposta dal prof. Varaldo, del piano economico-finanziario delle proposte presentate al SIOR.).

Dal canto loro le amministrazioni aggiudicatrici (come si legge nell'art. 37 ter L. 109/1994) valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale,

nonchè della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera nonchè di ulteriori parametri economico-gestionali stabiliti dal legislatore tra cui il costo di gestione e di manutenzione e le tariffe da applicare; all'esito di tali valutazioni, quindi, le amministrazioni individuano le proposte "che ritengono di pubblico interesse" e di poi, al fine di aggiudicare la relativa concessione, procedono ad indire una gara (da svolgere con il criterio dell'offerta più vantaggiosa) ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore nonchè i parametri degli elementi essenziali del relativo piano economico-finanziario presentato anch'esso dal promotore.

6.1. In tal guisa identificate le caratteristiche dello strumento in questione, non appare plausibile sostenere (come fanno le controparti del ricorrente) che la fase di scelta del promotore - pur con le sue peculiarità - non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in materia di opere e servizi pubblici: depongono in tali sensi sia il chiaro ed esplicito nesso di presupposizione funzionale che lega la proposta del promotore dichiarata di pubblico interesse e l'indicazione dell'oggetto della successiva gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione dell'opera per cui si è fatto ricorso alle risorse finanziarie del promotore, nonchè la stessa previsione normativa di un esame anche comparativo delle proposte presentate, mentre, nel caso specifico, non si può tralasciare che lo stesso SIOR ha con apposito documento "Linee guida per la progettazione", formulato le indicazioni operative alle quali doveva attenersi il promotore nella

redazione del progetto preliminare, dando specifiche indicazioni in ordine alle principali caratteristiche dell'opera da realizzare ed alle prestazioni sanitarie ed impiantistiche da assicurare.

Da tutto quanto detto discende che, pur se l'art. 37 ter legge n. 109/1994, non proceduralizza l'attività di valutazioni dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, tuttavia la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di par condicio e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara) appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice.

6.2. D'altra parte la necessità che l'esame delle proposte fosse preceduto dalla predeterminazione di delineati criteri per la valutazione dei vari profili rilevanti (ai fini della dichiarazione di rispondenza del progetto all'interesse pubblico) e che i vari profili fossero valutati con assegnazione di pesi e/o punteggi, nella sostanza si risolve in una adeguata forma di garanzia del corretto esercizio di quell'"ampia discrezionalità" nella scelta SIOR cui fanno riferimento le controparti del ricorrente; corretto esercizio che rimarrebbe privo di riscontri ove non si facesse riferimento per analogia a criteri e modalità di valutazione che, anche se non tipizzati dal legislatore espressamente con riguardo all'istituto della scelta del promotore, tuttavia costituiscono lo strumento procedurale più adatto, da un lato, per l'imparzialità delle scelte tra più proposte e, dall'altra, per la

realizzazione dell'interesse pubblico con la maggiore approssimazione possibile al miglior livello.

Per le illustrate considerazioni non appare, quindi, condivisibile l'eccezione trasversale (sollevata dalla difesa SIOR sui motivi di ordine procedurale) secondo cui la qualificazione in termini privatistici dell'attività del SIOR comporta che lo stesso sia esonerato dall'applicazione delle disposizioni pubblicistiche in materia di procedimento e di formazione della volontà; resta inteso che vanno, comunque, richiamate le altre osservazioni già svolte con riguardo alla corrispondente eccezioni di carenza di giurisdizione sollevata sempre dal SIOR con riferimento sempre alla prospettata natura privatistica della propria attività.

7. Infine va affrontato l'ulteriore nodo concettuale rappresentato dalla natura e dai compiti della Commissione tecnico-consultiva nominata dal SIOR "per la valutazione dei progetti" presentati dai promotori (vedi delibere SIOR 12.5.2003 n. 7, 13.6.2003 n. 8 e 27.6.2003 n. 9) e che, secondo quanto stabilito nella seduta SIOR del 29.7.2003, avrebbe dovuto formulare "il proprio motivato parere in merito ai progetti presentati dai due promotori"; progetti che dovevano "essere comparativamente valutati dalla Commissione tecnica, previa fissazione dei relativi criteri, sotto il profilo economico, edilizio ed urbanistico e sanitario..."; la commissione avrebbe operato "con l'assistenza continua da parte dell'ufficio del responsabile del procedimento, delle strutture aziendali delle singole Aziende e, all'occorrenza, del Comitato di Alta Vigilanza"; alla valutazione,

inoltre, avrebbero concorso le direzioni sanitarie aziendali, ciascuna per il proprio presidio.

Ad avviso delle controparti erroneamente il ricorrente consorzio assimilerebbe l'organo in questione ad una commissione giudicatrice di una procedura di gara, mentre si tratterebbe, invece, di un organo consultivo che fornisce un "parere in ordine ad alcuni aspetti tecnici delle proposte presentate ferma restando la competenza esclusiva dello stesso SIOR" (vedi memoria SIOR marzo 2004); tali conclusioni sarebbero suffragate dal contesto in cui ha operato il detto organo, e cioè una procedura di scelta del promotore (e non di gara per affidamento di opere), nonché dall'oggetto stesso della valutazione e cioè la proposta rispondente alle esigenze pubbliche quale progetto preliminare dell'opera da realizzare e da affidare con successiva gara; si tratterebbe, in sostanza, di un organo con compiti di natura consultiva dal quale il SIOR, ferma restando la sua esclusiva titolarità del potere discrezionale di scelta, acquisiva un "parere", che, quindi, poteva anche motivatamente disattendere (vedi memorie depositate dalla controparte nel giugno 2004).

Sul punto delle censure formulate sulle modalità di svolgimento dell'attività della Commissione il Collegio, in primo luogo, ritiene non determinante la soluzione della questione se si tratta di una vera e propria consulenza oppure di un'attività tecnica assimilabile a quella di una commissione di gara: infatti, come si è già sopra detto, poiché il giudizio finale espresso dal SIOR nella delibera impugnata non è un atto autonomo e distinto rispetto ai "pareri" espressi dai soggetti

interventuti nella “fase consultiva” (essendo questi stati richiamati ad ogni effetto come parte integrante della detta delibera), anche nell’ipotesi in cui si volesse accedere alla qualificazione della natura dell’attività svolta dalla commissione (tecnico-consultiva) come consultiva, tuttavia appare evidente che, comunque, nel procedere ad una valutazione comparativa delle due proposte presentate nel rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e giusto procedimento, era indispensabile introdurre sufficienti parametri di valutazione e criteri di computo, non risultando compatibile con un corretto esercizio della stessa funzione di consulenza nè l’omessa predeterminazione dei parametri di giudizio dei vari profili delle proposte da valutare, né la successiva integrazione degli stessi in corso d’opera né l’inosservanza della regola della collegialità dell’attività dell’organo almeno quanto alle determinazioni conclusive in cui si sostanziava il richiesto “parere”.

Infatti, poiché “le risultanze istruttorie compiute dalla Commissione tecnico consultiva di esperti e dei competenti servizi delle Aziende vengano fatte proprie dal SIOR e costituiscono ad ogni effetto parte integrante” della delibera SIOR n. 15/2003, è evidente che le eventuali illegittimità rilevabili nella formazione della stessa attività istruttoria-consultiva viziano in via derivata anche la scelta discrezionale del SIOR, sorretta dai risultati di segmenti procedimentali che, come si è sopra spiegato, ne sono ineliminabile presupposto.

7.1. D’altra parte la stessa delibera SIOR del 29.7.2003 aveva stabilito che i progetti dovevano essere comparativamente valutati dalla

Commissione tecnica, previa fissazione dei relativi criteri, dando altresì atto che i componenti dell'organo avevano accettato l'incarico e, stabiliti i criteri in questione, avevano concordato con l'assemblea SIOR il calendario dei lavori. Pertanto l'esigenza che (ai fini del corretto svolgimento procedurale dell'esame delle proposte) la Commissione si conformasse a garantistiche regole di azione trova il suo vincolante fondamento non solo nel rispetto dei ricordati principi generali (imparzialità, buon andamento, trasparenza) ma anche in una espressa e precisa disposizione di natura sostanziale e procedurale al contempo in quanto, da un lato, presuppone che negli atti normativi e generali già adottati non fossero stati predeterminati tutti i criteri e, dall'altro, stabilisce che la valutazione deve essere preceduta dalla fissazione dei criteri relativi ai vari profili delle proposte indicati come specifico oggetti di valutazione.

8. Fatta questa premessa generale in ordine alla funzione della Commissione tecnico consultiva, passando alle specifiche censure procedurali formulate dal consorzio ricorrente (e che si esaminano prioritariamente per evidenti ragioni logiche) il collegio ne ritiene meritevoli innanzitutto alcune che deducono l'eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, indeterminatezza ed illogicità nonché difetto di motivazione con riferimento alle modalità seguite dalla Commissione nell'esame delle proposte di progetto ed, in particolare, per la mancata previa fissazione di parametri di valutazione sufficientemente determinati e dei connessi criteri di graduazione del giudizio nonché per la successiva integrazione dei

criteri e parametri, in corso di lavori, da parte di soggetti diversi dalla stessa Commissione tecnica e partecipanti al procedimento in altra posizione ed, infine, per la mancata osservanza della regola della collegialità almeno relativamente al parere conclusivo.

Quanto alla fissazione dei criteri di valutazione, secondo quanto emerge dagli atti, il SIOR nella delibera del 29 luglio 2003 si è limitato, da un lato, a riportare l'indicazione dei vari profili (economico, edilizio, sanitario etc) sotto i quali le due proposte dovevano essere esaminate e, dall'altro, ad enunciare la necessità della previa fissazione dei relativi criteri da parte della stessa Commissione tecnica che, poi, con foglio allegato allo stesso verbale del 29 luglio 2003, ha stabilito che avrebbe tenuto conto di quanto previsto nelle linee guida per la progettazione diffuse insieme all'avviso pubblico per la scelta del promotore; in tale foglio la Commissione ha precisato che, tra l'altro, particolare attenzione sarebbe stata riservata ai costi di esercizio delle strutture e alla flessibilità strutturale ed organizzativa dei progetti e che, inoltre, l'organizzazione sanitaria sarebbe stata valutata in relazione agli elementi desumibili dalle linee guida in ordine alle caratteristiche previste per alcuni servizi e prestazioni (in numero di sette) analiticamente indicati; infine la Commissione ha stabilito che procederà anche a valutare comparativamente le due proposte pervenute e che per ogni elemento indicato si sarebbe assegnato un giudizio variabile tra carente, sufficiente, buono, discreto ed ottimo.

Come è agevole rilevare , quindi, sia nella delibera SIOR del 29 luglio

sia nelle prime contestuali determinazioni della Commissione tecnica vengono indicati in realtà i profili sotto i quali valutare le proposte oppure “gli elementi di valutazione”, ma risulta completamente carente sia l’indicazione delle sub-categorie in cui si articola ogni profilo (tranne che per l’organizzazione sanitaria) sia i criteri di graduazione dei giudizi, mentre gli elementi di illogica indeterminazione, non compatibili con l’osservanza dell’obbligo di motivazione e del principio della imparzialità e del giusto procedimento, non consentono di comprendere il peso valutativo di alcune enunciazioni di massima quali quella secondo cui era riservata “particolare attenzione” ai costi di esercizio delle strutture e alla flessibilità strutturale ed organizzativa dei progetti.

8.1. Né appaiono condivisibili le repliche di controparte (SIOR, Regione e controinteressato), secondo cui in realtà i criteri di valutazione erano già contenuti nelle dettagliate linee guida per la progettazione che specificavano i parametri organizzativi, i fattori di dimensionamento e gli elementi caratterizzanti la qualità del progetto; ragione per cui i criteri di valutazione si sarebbero dovuti considerare già determinati dal momento dell’avviso pubblico per il project financing.

Infatti, è agevole replicare che quelle contenute nelle linee guida sono le “indicazioni operative” cui doveva attenersi il promotore nella relazione del progetto, e non i criteri per la valutazione del grado di utilità e pregio delle varie soluzioni approntate dal promotore nella formulazione della sua proposta, mentre, per le ragioni sopraillustrate

circa la natura della attività svolta dalla commissione, non si può recepire la tesi difensiva esposta dal SIOR e della controinteressata secondo cui la mancata previsione di criteri di valutazione comparativa in realtà corrisponderebbe alla natura meramente consultiva dei compiti della commissione ed alla volontà del SIOR di mantenere integro il proprio spazio di scelta discrezionale riconosciutogli dalla normativa in ordine alla scelta del promotore; inoltre in punto di fatto non si può tralasciare la circostanza che, da un lato, sulla necessità di previ criteri si è espressa la stessa assemblea SIOR nella seduta del 29 luglio 2003 citata e che tale punto di vista è stato fatto proprio, anche se poi non realizzato, dalla Commissione tecnica, e, dall'altro, che il SIOR nella delibera di scelta del promotore ha motivato le proprie conclusioni con espresso riferimento ai risultati "istruttori" raggiunti dalla Commissione, che venivano recepiti come parte integrante del provvedimento.

Pertanto, in conformità a quanto dedotto dal ricorrente nell'ambito dell'articolato motivo secondo, dall'esame degli atti e delle difese emerge che all'epoca in cui la Commissione tecnica ha iniziato l'esame delle proposte (tra l'altro già visionate dal responsabile del procedimento per le verifiche preliminari), i profili di esame dei progetti non erano stati univocamente individuati (non sussistendo una perfetta sovrapposizione tra quanto indicato dalla seduta dell'assemblea SIOR e l'elencazione di cui al primo periodo della scheda allegata al verbale della detta seduta) ed era stata omessa la fissazione dei preannunciati criteri di graduazione della valutazione,

nonchè delle varie sottocategorie in cui andava articolato ogni profilo del progetto.

8.2. Quanto poi all'introduzione di ulteriori elementi di valutazione nel corso della comparazione delle due proposte (dedotta come eccesso di potere sotto un diverso profilo di difetto di motivazione, indeterminatezza e violazione del giusto procedimento, sempre nell'ambito del secondo motivo), è evidente che l'elaborazione di distinte relazioni da parte di soggetti diversi dalla Commissione tecnica, incaricata di fissare preventivi criteri di valutazione e poi di fornire il "proprio motivato parere" a seguito della valutazione comparativa dei progetti presentati, di per se stessa configura una violazione del principio del giusto procedimento ed un'ipotesi di eccesso di potere per indeterminatezza; infatti, anche a voler pretermettere ogni valutazione di merito circa il contenuto di tali relazioni, la loro stessa presenza non può essere giustificata, come fa la controinteressata, affermando che il SIOR era libero di acquisire - con le modalità prescelte - tutti i pareri tecnico economici ritenuti utili od opportuni per la propria valutazione finale sul pubblico interesse di una delle due proposte presentate; e ciò in quanto lo stesso SIOR, nella delibera 29.7.2003, aveva previsto che l'apporto della Commissione da parte del responsabile del procedimento e delle strutture aziendali delle singole Aziende sanitarie interessate al progetto si sarebbe estrinsecato nella forma della "assistenza continua", configurando, quindi, non una ipotesi di interazione tra organi di pari funzione, ma una posizione ausiliaria delle suddette strutture a favore della

Commissione consultiva; nel bacino di valutazione della stessa, quindi, potevano confluire gli elementi istruttori provenienti dalle strutture sanitarie che, in quanto tali, ponevano a disposizione dell'organo deputato ed esprimere il richiesto parere i dati e le riflessioni perfezionate da uno specifico osservatorio sperimentato.

8.3. In punto di fatto, comunque, giova rilevare che uno dei tre consulenti sanitari, membro della Commissione tecnica, ha predisposto anche una relazione autonoma (distinta da quella del gruppo dei tre consulenti sanitari), che si conclude anche con l'assegnazione di un punteggio numerico che, invece, non è uniforme al criterio di giudizio per categorie di qualità utilizzato nella relazione collegiale; inoltre hanno presentato due ulteriori elaborati anche i componenti dell'ufficio del responsabile del procedimento, corredati anch'essi da autonome conclusioni.

In relazione a tale ultima circostanza risulta, quindi, fondata anche la censura di violazione degli artt. 7 e 8 della legge n. 109/1994 e delle norme di procedura stabilite dallo stesso SIOR (dedotta con il motivo 4.2) in quanto, da un lato, nella delibera di nomina dell'ufficio del R.U.P. si fa espresso richiamo alla normativa sui Lavori pubblici e nel verbale 29 luglio 2003 si definisce per la funzione di supporto di tale organo l'obiettivo della "assistenza continua" alla Commissione tecnica, mentre, nella realtà, l'ufficio in questione ha redatto alcuni elaborati entrati a far parte integrante, come allegati, della delibera finale del SIOR come si desume dal richiamo effettuato alle valutazioni formulate dai "competenti servizi ed uffici tecnici e

sanitari” tra i quali va ricompreso anche l’ufficio R.U.P..

8.4. Quanto poi alle modalità di svolgimento dei lavori della commissione tecnica è fuori discussione la circostanza che il SIOR avesse incaricato l’intera commissione, e non i singoli esperti - membri, di fornire il motivato parere sulle due proposte degli aspiranti promotori: in tali sensi univoci, tra l’altro, si esprimono sia il verbale della seduta SIOR del 29 luglio sia la nota del presidente SIOR del 30 ottobre 2003 con cui venivano convocati i vari membri al fine di procedere alla definitiva stesura del parere che doveva essere “collegialmente espresso e formalmente redatto”; anche nel foglio aggiunto al verbale del 29 luglio si fa sempre riferimento all’attività dell’organo collegiale nella sua interezza con riguardo sia alla valutazione comparativa sia all’assegnazione del giudizio.

Peraltro, anche a voler considerare la diversa ipotesi di un’attività valutativa compiuta singolarmente, in fase istruttoria, da ciascun esperto o gruppo di esperti per il profilo di propria competenza, ciò nondimeno gli apporti di ciascuno sarebbero comunque dovuti confluire nella relazione finale, unica e globale, nella quale, attraverso la sottoscrizione dei tutti i competenti, l’intero contenuto sarebbe stato attribuibile indistintamente ed integralmente all’intero organo consultivo collegiale.

Ma dalla lettura degli atti di causa di tale impianto non si rinvergono gli elementi caratteristici: infatti alla stessa delibera n. 15/2003 risultano allegate le singole relazioni (con autonome e distinte conclusioni) predisposte sui piani economico-finanziari (allegato C),

sull'inserimento ambientale (allegato B), sugli aspetti organizzativi e sanitari (allegato D nel quale è inserita anche una ulteriore relazione a firma di uno solo dei tre esperti sanitari), mentre il membro della Commissione esperto per il profilo urbanistico ambientale, con nota del 4 dicembre 2003 (e quindi anteriore alla data 5 dicembre 2003 di sottoscrizione ufficiale della relazione finale dei lavori della Commissione con cui viene reso il parere) precisa che le valutazioni da lui stesso espresse riguardano "direttamente ed esclusivamente" i profili ambientali ed architettonici delle proposte e che "la sottoscrizione del verbale conclusivo avvenuta in data 27 novembre 2003" non significa il riconoscimento della preminenza degli altri aspetti rispetto a quelli architettonico-ambientali.

8.5. Inoltre non vi è traccia verbalizzata delle riunioni tenute dalla commissione per discutere dell'approfondimento dei singoli profili di cui era stato incaricato ciascun membro o gruppo di membri in relazione alle proprie specifiche professionalità e nè tanto meno della sottoscrizione del "verbale conclusivo" in data 27 novembre 2003 di cui riferisce uno dei membri della commissione, mentre - come si è detto - la relazione finale risulta sottoscritta ufficialmente dall'intera commissione soltanto in data 5 dicembre 2003; questa data, inoltre, risulterebbe incongruente anche con altri elementi desumibili dalla stessa nota del 28.11.2003 con cui il Presidente SIOR ha convocato per la seduta 12 dicembre 2003 l'assemblea, dando atto che il parere era stato già consegnato.

8.6. Nè tanto meno risultano compatibili con il principio del giusto

procedimento e con il corretto esercizio dei compiti rientranti nelle competenze del responsabile del procedimento gli scambi tra alcuni uffici sanitari ed il responsabile del procedimento (nel corso del mese di ottobre 2003) di bozze delle valutazioni della Commissione alle quali erano state apportate “modifiche concordate con il direttore”, ma per le quali non si è reperita indicazione delle sedi procedurali in cui sono state decise oppure, quanto meno, ex post ratificate e fatte proprie dalla Commissione, visto che si trattava di interventi relativi all’attività di competenza di quest’ultima ed a quest’ultima riferibile, e che - come si è già detto - la collaborazione delle altre strutture doveva avere funzione ausiliaria e di supporto della funzione consultiva affidata all’organo in questione, e non parallela o concorrente sullo stesso piano ai fini della formulazione del parere finale.

8.7. Infine il Collegio non può tralasciare un’ulteriore circostanza censurata nell’ambito di almeno due articolati motivi (vedi II° .6 e VIII .3 e .4) e cioè che in data 27 ottobre 2003 era stata già redatta una “valutazione finale della commissione tecnico consultiva” firmata da tutti i membri tranne l’esperto per i piani economico-finanziari; documento che, però, non è coincidente con quello relativo agli stessi aspetti di organizzazione sanitaria sottoscritto dai tre esperti del settore nella versione finale del 10 novembre 2003 e fatto proprio dalla commissione e dalla stesso SIOR nella delibera n. 15/2003, mentre non è possibile ricostruire l’iter procedimentale che ha condotto gli stesi esperti sanitari ad integrare tale “valutazione finale” con “l’esame su altri punti come specificati nelle linee guida”, giungendo a

conclusioni finali parzialmente differenti proprio in relazione alle valutazioni espresse sui nuovi punti presi in considerazione.

Ne è sufficiente la giustificazione che la Commissione, prima della consegna del proprio parere, ben poteva approfondire aspetti già esaminati e discussi, in quanto il ricorrente contesta la legittimità di tale modus procedendi sotto il profilo procedimentale censurando l'iter di formazione del parere per violazione del giusto procedimento e della collegialità richiesta nella elaborazione delle valutazioni conclusive degli organi consultivi di struttura non monocratica.

Pertanto nei sensi e limiti illustrati risultano fondate le censure procedurali formulate dal ricorrente con l'atto introduttivo nei confronti della delibera SIOR n. 15/2003 e degli altri connessi, restando assorbite per economia di mezzi tutte le altre censure o profili di censura non esaminati in quanto non porterebbero maggiore utilità alla parte ricorrente.

9. Quanto ai motivi aggiunti (notificati dal ricorrente principale in data 8 marzo 2004 e volti a censurare la delibera SIOR impugnata per la mancata esclusione della controinteressata con riguardo alla pretesa incompletezza della documentazione allegata alla proposta), il Collegio, a prescindere dall'eccepita tardività, li respinge perchè infondati: infatti, come si desume dagli atti di causa, la dichiarazione di assenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare risulta regolarmente prodotta dall'ATI Astaldi S.p.a. unitamente alla documentazione amministrativa.

10. Alla luce delle illustrate considerazioni ed assorbite tutte le altre

censure e profili per economia di mezzi, quindi, il ricorso principale RG. 331/2004 va accolto nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, vanno annullati in parte qua i provvedimenti impugnati limitatamente ai profili attinenti allo svolgimento della procedura per la scelta del promotore e, conseguentemente, alla designazione del promotore all'ATI Astaldi S.p.a.; pertanto il SIOR provvederà a rinnovare l'esame delle due proposte di finanza di progetto presentate al 30 giugno 2003, ferma restando la loro immodificabilità rispetto alla formulazione definita a quella data. Dall'accoglimento delle censure procedurali dedotte nel ricorso principale e dal loro carattere pregiudiziale rispetto a quelle relative ai profili sostanziali della valutazione delle due proposte in questione, deriva la carenza dei presupposti richiesti per l'esame del punto B del ricorso incidentale Astaldi.

Infine va dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento del danno, proposta nel ricorso RG. 331/2004 dal ricorrente principale, per genericità ed indeterminatezza del pregiudizio derivante dalla mancata scelta della proposta, atteso che tale pregiudizio viene soltanto prospettato senza alcuna esposizione della sussistenza degli elementi costitutivi prescritti nè alcuna indicazione circa la quantificazione economica.

11. Riepilogando, quindi, in conformità al dispositivo di sentenza pronunciato nella camera di consiglio del 30 giugno 2004 ai sensi dell'art. 4 legge 205/2000, il Collegio, previa riunione dei due ricorsi in epigrafe per connessione oggettiva, con riguardo al ricorso RG.

1081/2004, dichiara il ricorso principale inammissibile per carenza di legittimazione attiva del Comune di Lucca e, conseguentemente dichiara improcedibile il collegato ricorso incidentale proposto da Astaldi S.p.a.; quanto al ricorso RG. 331/2004 respinge il ricorso incidentale proposto da Astaldi S.p.a. (ed esaminato in parte prioritariamente per le ragioni sopra esposte) e dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto dal ricorrente principale medesimo, mentre, assorbita ogni altra censura, accoglie nei sensi e limiti sopra illustrati il ricorso principale con riguardo alla domanda di annullamento e, per l'effetto, annulla in parte qua i provvedimenti impugnati limitatamente ai profili procedurali relativi alla scelta del promotore e, conseguentemente, alla designazione del promotore nell'ATI Astaldi S.p.a.; dichiara infine, inammissibile per genericità la domanda di risarcimento del danno proposta dal ricorrente principale. In ragione della complessità della vicenda in punto di fatto e di diritto, cui hanno corrisposto - tra l'altro - motivati sforzi difensivi da parte di ognuna delle parti costituite, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente gli oneri di causa.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, Sezione Seconda, pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previa riunione dei medesimi, così dispone:

1) dichiara inammissibile il ricorso principale R.G. n. 1081/2004 e conseguentemente improcedibile il ricorso incidentale proposto da Astaldi S.p.a.;

- 2) respinge il ricorso incidentale proposto dall'Astaldi S.p.a. connesso al ricorso principale R.G. 331/2004;
- 3) dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto nel ricorso R.G. 331/2004 dal ricorrente principale;
- 4) accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso principale R.G. 331/2004 e, per l'effetto, annulla in parte qua i provvedimenti impugnati limitatamente ai profili attinenti allo svolgimento della procedura seguita per la scelta del promotore e, conseguentemente, alla designazione del promotore nell'ATI Astaldi S.p.a.;
- 5) dichiara inammissibile la domanda di risarcimento del danno proposta dal ricorrente principale nel ricorso R.G. 331/2004;
- 6) spese di lite integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Firenze, il 30 giugno 2004, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

Dott. GIUSEPE PETRUZZELLI	- Presidente
Dott. VINCENZO FIORENTINO	- Consigliere
Dott. LYDIA ADA ORSOLA SPIEZIA	- Consigliere, rel. est.