

REPUBBLICA ITALIANA

N. 297/01 R.G.R.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 118 Reg.Sent.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria

ANNO 2005 /as

Sezione Prima

nelle persone dei Signori:

Renato VIVENZIO Presidente

Antonio BIANCHI Consigliere, rel. ed est.

Davide PONTE Primo Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 297/01 R.G.R. proposto da S.r.l. SIRCE, in persona del Presidente e legale rappresentante, S.r.l. Stices, in persona del Presidente e legale rappresentante, Impresa Enrico Bertoni, in persona del titolare e legale rappresentante, S.r.l. Ser.Te.Co, in persona dell'Amministratore Unico e legale rappresentante, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Daniela Anselmi e Enrico Ivaldi ed elettivamente domiciliati presso la prima in Genova, Via Corsica, n. 21/20;

CONTRO

il COMUNE di GENOVA, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato A.D. Masuelli ed elettivamente domiciliata presso lo stesso in Genova, Via Garibaldi, n. 9;

non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della delibera di Giunta Comunale n. 1608 assunta dal Comune di Genova in data 14 dicembre 2000, notificata in data 20 dicembre 2000 e di ogni provvedimento ad essa conseguente, preordinato e/o connesso, nonché per ottenere l'accertamento del diritto e la correlativa condanna della P.A. resistente al risarcimento, conseguente all'annullamento dei succitati atti, dei danni tutti cagionati alle ricorrenti in ragione dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il Consigliere Antonio Bianchi;

Uditi alla pubblica udienza del 10 dicembre 2004 l'avv. Anselmi per i ricorrenti e l'Avv. Masuelli per il Comune di Genova.

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con delibera di Giunta n. 796 del 23 giugno 1999, il Comune di Genova approvava un elenco di opere da affidarsi in concessione di costruzione e gestione ex art. 37 bis e seguenti L. 109/1994 e successive modificazioni ed integrazioni.

Nell'ambito di tale delibera la civica amministrazione con riferimento agli strumenti di programmazione approvati, considerava prioritaria, tra le altre, la realizzazione dell'ampliamento del cimitero della Biacca in Genova-Bolzaneto.

In relazione a questa come ad altre opere la società consortile Polis, costituita da imprese operanti nel settore dell'edilizia e dei servizi ed avente come oggetto lo studio, la promozione e la realizzazione di iniziative immobiliari, esprimeva informalmente un proprio interesse di massima.

Il Comune di Genova con propria nota n. 12576 del 10 agosto 1999 invitava pertanto la società consortile Polis, consorzio al quale tutte le odierne ricorrenti aderiscono, a formulare, per le opere ivi elencate, specifiche proposte articolate e comprensive di tutti gli elementi di cui all'art. 37 bis della succitata legge 11 febbraio 1994 n. 109.

Conseguentemente, entro il termine stabilito dalla civica amministrazione, 11 ottobre 1999, la Sirce, in qualità di impresa capogruppo dell'Associazione Temporanea d'Impresa all'uopo costituita con le altre tre ricorrenti costituita con le altre tre ricorrenti presentava al Comune di Genova, Direzione Servizi Tecnico-Patrimoniali e Verde, idonea proposta inerente la realizzazione e gestione in project financing dell'ampliamento del cimitero della Biacca in Genova-Bolzaneto.

Successivamente alla presentazione della proposta si succedevano ripetuti incontri con la Commissione Comunale incaricata di esaminare l'iniziativa al fine di definire e perfezionare la medesima.

In tale ambito il Comune di Genova comunicava agli odierni ricorrenti che a seguito di apposita comunicazione da parte del Ministero dei Lavori pubblici il termine previsto dall'art. 37 ter della L. 109/1994 (31 ottobre di ogni anno) era da considerarsi ordinatorio e non perentorio, conseguentemente tale termine veniva spostato dall'amministrazione al 28 febbraio dell'anno successivo.

Per tutto il mese di gennaio e febbraio 2000 si susseguivano tra le parti ulteriori incontri ed approfondimenti, anche in merito alle diverse ipotesi realizzative dell'intervento, giungendo ad un accordo circa gli elementi della proposta di project financing da mettere in gara ai sensi dell'art. 37 quater della L. 109/1994.

In ragione di tale accordo, tuttavia, a seguito anche di precise indicazioni fornite in merito dalla Soprintendenza e dagli uffici comunali competenti, si determinava concordemente con la Civica Amministrazione, di rimodulare il progetto preliminare già predisposto all'atto di presentazione della proposta.

Al fine di poter permettere al promotore di adempiere a quest'ultimo incombente, il Comune di Genova spostava nuovamente il termine di conclusione del procedimento dal 218 febbraio al 31 marzo 2000.

In data 14 marzo 2000, l'amministrazione resistente invitava il raggruppamento d'impresе a produrre tempestivamente la documentazione conclusiva, così come modificata ed integrata nel corso dei vari incontri precedenti.

Le odierne ricorrenti ottemperavano prontamente alla succitata richiesta presentando all'amministrazione il nuovo progetto preliminare, l'ultimo testo della bozza di convenzione, le specifiche delle caratteristiche del servizio e della gestione ed il conseguente piano economico-finanziario asseverato da parte del Banco di Brescia.

Il Comune di Genova, peraltro, prorogava nuovamente il termine di conclusione del procedimento al 30 aprile 2000, richiedendo nel frattempo mere precisazioni di dettaglio circa il trattamento ai fini IVA delle operazioni commerciali rientranti nel progetto.

Anche in questo caso il raggruppamento d'impresе promotore della proposta forniva celermente le precisazioni richieste.

A questo punto, peraltro, pur essendosi di fatto chiusa tutta l'istruttoria sottesa alla valutazione della proposta presentata, il Comune di Genova prorogava ancora il termine entro cui concludere il procedimento al 31 luglio 2000.

Atteso il lungo lasso di tempo trascorso dalla presentazione della proposta e preso atto che l'amministrazione perdurava nel non assumere alcun provvedimento in merito alla proposta medesima (anche il termine del 31 luglio 2000 era infruttuosamente trascorso), i ricorrenti notificavano al Comune di Genova in data 8 agosto 2000 diffida ex art. 2, comma 1, L. 241/1990.

Nonostante tale diffida il Comune di Genova non provvedeva nè ad assumere un proprio provvedimento riguardo il procedimento in discorso, né a comunicare alcunché al raggruppamento promotore.

Trascorsi, quindi, trenta giorni dalla suddetta notifica, maturava, in data 7 settembre 2000, il relativo silenzio-rifiuto dell'amministrazione, il quale veniva impugnato mediante apposito ricorso.

Peraltro, a seguito della presentazione del suddetto ricorso, la Civica Amministrazione provvedeva a prendere un proprio provvedimento conclusivo riguardo il procedimento di cui trattasi, assumendo la delibera di G.C. n. 1608 del 14.12.2000, con la quale di stabiliva che, poiché la proposta formulata dalle ricorrenti

“non può ritenersi di pubblico interesse”, non era possibile dar corso agli ulteriori adempimenti di cui agli articoli 37 ter e seguenti della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni ed integrazioni. Ritenendo, illegittima tale determinazione gli istanti, con il ricorso in epigrafe, hanno adito questo T.A.R. chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

1. Violazione art. 97, comma 1, Costituzione. Violazione principi generali in tema di procedimento amministrativo (art. 1, comma 1, L. 241/1990).

Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 ter della L. 109/1994. Eccesso di potere per carenza di motivazione. Difetto d'istruttoria. Contraddittorietà tra istruttoria e provvedimento finale. Illogicità.

Unicamente a seguito dell'impugnazione da parte delle odierne ricorrenti del silenzio-rifiuto determinatosi il Comune di Genova provvedeva, otto mesi dopo, ad assumere l'atto impugnato con il quale si è respinta la proposta de qua semplicemente in ragione del fatto che la stessa non è di pubblico interesse in quanto non conveniente alla Civica Amministrazione.

Detta apodittica e generica affermazione non può tuttavia ritenersi sufficiente a supportare tale diniego.

In considerazione del forte interesse manifestato dal Comune e dal carattere prioritario dell'opera pubblica in questione, una simile motivazione contrasta con il principio costituzionale di buon andamento, così come in particolare esplicitato nei criteri di economicità ed efficacia che devono sempre reggere l'attività della pubblica amministrazione.

Inoltre l'atto impugnato contrasta ad evidenza con il disposto dell'art. 37 ter della L. 11 febbraio 1994 n. 109 – che disciplina la valutazione della proposta – in quanto tale norma stabilisce che l'Amministrazione provvede ad individuare le proposte che ritiene di pubblico interesse in base ad una serie di valutazioni specificatamente indicate (e cioè valutazioni di fattibilità sotto svariati profili, verifica dell'assenza di elementi ostativi, esame delle varie proposte anche comparativamente etc.) che nel caso di specie non sono state esplicitate dal Comune essendosi esclusivamente proceduto, come detto, ad una generica ed apodittica affermazione di non conformità al pubblico interesse della proposta per mancanza di convenienza economica (affermazione corredata da una succinta e generica motivazione in ordine alla presunta non convenienza economica).

2. Eccesso di potere per carenza di motivazione. Difetto di istruttoria. Travisamento dei fatti.

L'amministrazione resistente al fine di esprimere le proprie valutazioni si è limitata, peraltro in maniera del tutto erronea, ad entrare succintamente nel merito del piano economico-finanziario della proposta, ritenendolo a seguito di questo sommario esame non conveniente.

Le osservazioni espresse, tuttavia mentre evidenziano i ricavi dell'operazione non tengono nella dovuta considerazione altri elementi, comunque essenziali al fine di valutare la proposta; in particolare i costi dell'intervento, gli oneri finanziari a carico del promotore, i costi della commercializzazione, gli oneri gestionali, nonché l'incremento patrimoniale in favore del Comune al termine della concessione.

E' evidente che una tale parziale disamina non possa essere assunta a presupposto di una valutazione economica negativa da parte dell'amministrazione.

Un istruttoria corretta e completa avrebbe, peraltro, dovuto comportare da parte dell'amministrazione l'indicazione nei confronti dei promotori dei termini economici in ragione dei quali la medesima riterrebbe economicamente conveniente una simile operazione.

Ciò tenuto anche conto del fatto, cosa di cui nella delibera impugnata non si fa cenno alcuno, che la successiva fase di gara pubblica, prevista dall'art. 37 quater L. 109/1994, ha proprio la finalità di permettere alla stazione appaltante di acquisire, prima di addivenire alla definitiva aggiudicazione, ulteriori condizioni migliorative eventualmente offerte da soggetti terzi.

In ogni caso in questo modo si sarebbe correttamente permesso ai promotori, nel rispetto del proprio specifico interesse, di valutare se confermare o meno la propria proposta alle diverse condizioni stabilite dall'amministrazione.

3. Eccesso di potere per errore dei presupposti. Contraddittorietà.

Tra i presupposti della delibera impugnata l'amministrazione si è preoccupata di affermare "che, sentito in via breve, il proponente non ha ritenuto di modificare la proposta in termini tali da renderla accettabile economicamente dal Comune".

Questa affermazione costituisce un totale travisamento dei fatti.

In tutta la lunga fase dell'istruttoria non vi è un solo atto che contenga questa richiesta nei confronti del promotore né verbalmente nel corso delle riunioni di Commissione a cui i ricorrenti abbiano partecipato, né mediante comunicazioni scritte inviate ai medesimi.

Concludono gli istanti, chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato, con ogni conseguente statuizione in ordine al risarcimento dei danni patiti e delle spese di giudizio.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione comunale intimata la quale, con memoria nei termini, ha contestato la fondatezza del gravame chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 314/2004 questo T.A.R. ha disposto incumbenti istruttori, puntualmente eseguiti dall'amministrazione onerata.

Alla pubblica udienza del 10 dicembre 2004, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato sotto gli assorbenti profili di censura dedotti con il secondo e terzo mezzo di gravame, che possono essere trattati congiuntamente attesa la loro connessione logico-giuridica.

2. Come risulta dal dato testuale, la delibera di Giunta Comunale impugnata, si fonda sui seguenti presupposti di fatto e di diritto:

“-che con nota datata 28 giugno 2000 il promotore ha rinnovato per l’anno 2000 la proposta per la realizzazione in Project Financing dell’ampliamento del cimitero della Biacca;

-che dal riesame degli aspetti economici della proposta presentata per l’anno 1999, compiuto dalla Direzione Servizi Civici di concerto con la Direzione Risorse Finanziarie, è emersa la non convenienza economica per la Civica Amministrazione dell’operazione per i seguenti motivi.....

-che, sentito in via breve, il proponente non ha ritenuto di modificare la proposta in termini tali da renderla accettabile economicamente dal Comune. Tanto che l’ha ripresentata negli stessi termini l’anno successivo;

-che la Commissione di cui alle premesse, nella seduta del 5 dicembre 2000, ha appurato che la proposta presentata dal promotore nel corso del corrente anno non varia in nulla rispetto alla versione dell’anno precedente;

-che, in ragione di quanto sopra, sia la proposta presentata nel 1999 sia quella presentata nel 2000 non possono considerarsi di pubblico interesse in quanto non convenienti economicamente alla Civica Amministrazione.”

Detti presupposti sono in parte errati, ed in parte frutto di una istruttoria carente sotto il profilo partecipativo.

2.1 Ed invero, sotto un primo profilo, va rilevato come, contrariamente a quanto affermato nel provvedimento impugnato, il “proponente” non sia stato formalmente interpellato in ordine alla possibilità di modificare la proposta presentata, in termini tali da renderla accettabile economicamente dal Comune.

La circostanza, infatti, è espressamente affermata dal Dirigente dei Servizi tecnico-patrimoniali nella nota depositata in causa a seguito dei disposti incumbenti istruttori, e del che il Collegio non può che prendere atto.

Nè al riguardo possono assumere rilievo le invero generiche controdeduzioni espresse dall’Amministrazione nella memoria difensiva, secondo cui un rappresentante dell’ATI promotrice avrebbe partecipato a taluni incontri dove sarebbero state affrontate le questioni sulla convenienza economica trattate nella relazione del 14.04.2000.

In primo luogo, infatti, in ordine a tali incontri il Comune non fornisce alcuna prova della loro effettiva verifica (non viene allegato alcun verbale in proposito).

In secondo luogo, ove negli asseriti incontri fossero stati affrontati in presenza di rappresentanti del promotore le questioni sulla convenienza economica trattate nella relazione del 14.04.2000, detta relazione doveva essere consegnata a tali rappresentanti per consentire la formulazione di una nuova proposta, contrariamente a quanto avvenuto.

In terzo luogo, e quel che più conta, non v'è dubbio che in presenza della complessa e delicata procedura attivata dall'amministrazione con il ricorso all'istituto del "project financing", la possibilità di modificare la proposta già elaborata per renderla economicamente accettabile, andasse formalmente rappresentata al promotore con l'indicazione puntuale ed adeguata di ogni parametro a tal fine ritenuto utile, in ossequio al canone costituzionale del buon andamento dell'azione amministrativa.

2.2 Sotto un secondo profilo, va poi rilevato come l'amministrazione sia giunta alla determinazione impugnata senza mai notiziare, formalmente ed in modo adeguato, il proponente in merito alle osservazioni (prima) ed alle valutazioni negative (da ultimo) espresse dai competenti uffici sui contenuti economici ed organizzativi della proposta presentata.

Ed invero, dalla documentazione versata in atti e dei chiarimenti resi in via istruttoria, risulta che:

-la relazione del 14 aprile 2000, in cui le Direzioni dei Servizi Civici e delle Risorse Finanziarie esprimevano le proprie valutazioni negative sulla proposta progettuale, non è stata mai formalmente trasmessa al promotore, ma ritenuta a livello interno;

-il promotore non è stato convocato alle riunioni della Commissione tenute il 21 marzo 2000 ed il 5 dicembre 2000, in cui sono stati esaminati e sostanzialmente recepiti le valutazioni negative formalizzate dai competenti uffici comunali prima nella nota del 21.03.2000, e poi nella richiamata relazione del 14 aprile 2000;

-il promotore ha partecipato, per quanto qui interessa, alla riunione della Commissione tenuta il 20 marzo 2000 a partire dalle ore 15.30, dopo che il Dirigente dei Servizi Civici che aveva espresso le proprie perplessità in ordine alla proposta aveva abbandonato la seduta, e quindi senza avere contezza delle perplessità stesse.

2.3 Non v'è dubbio, pertanto, che la determinazione impugnata si appalesi illegittima, siccome assunta su un presupposto di fatto errato ed in quanto frutto di una istruttoria del tutto carente sotto il profilo partecipativo.

3. Le considerazioni che precedono danno poi ragione della inammissibilità, allo stato, della richiesta risarcitoria avanzata dai ricorrenti.

Detta richiesta, infatti, si radica esclusivamente sulla asserita spettanza del provvedimento denegato dall'amministrazione comunale, e pertanto la stessa è ontologicamente destinata ad attualizzarsi al momento in cui la dedotta pretesa al ben della vita sia stata sostanzialmente riconosciuta in sede giudiziale.

In materia di interessi pretensivi, infatti, il risarcimento del danno a seguito dall'annullamento del provvedimento opposto dalla P.A., è ipotizzabile quando l'attività amministrativa rinnovatoria risulti connotata in termini tali da far ragionevolmente escludere ogni ulteriore apprezzamento discrezionale in ordine all'adozione dell'atto ampliativo richiesto, mentre non può in linea di principio riconoscersi immediatamente nel caso contrario, quando cioè residui la possibilità di una legittima determinazione che non consista nell'atto anzidetto.

Ora, nel caso di specie, il provvedimento impugnato è risultato illegittimo in quanto basato su un presupposto errato e frutto di una istruttoria carente dovendo quindi l'amministrazione adottare al riguardo una nuova determinazione in cui, in ipotesi, potrebbe essere oggettivamente comprovata l'inaccogliabilità della proposta per cui è causa, e conseguentemente l'infondatezza della pretesa sostanziale dedotta dai ricorrenti.

4. Per le ragioni esposte il ricorso va accolto nei limiti di cui in motivazione , potendo le ulteriori censure dedotte restare assorbite;

per la restante parte, relativa alla pretesa risarcitoria, va dichiarato inammissibile.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo **accoglie** nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria

Depositato in Segreteria il 28 GEN. 2005

**Il Direttore di Segreteria
(Dott.ssa A. Calcagno)**

Lo dichiara **inammissibile** per ciò che riguarda la dedotta pretesa risarcitoria.
Condanna il Comune di Genova resistente al pagamento in favore della Società ricorrente delle spese e degli onorari del presente giudizio, liquidandole in € 5.000,00 (cinquemila/00).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso in Genova, nella Camera di Consiglio del 10.12.2004, con l'intervento dei Signori:

Renato Vivenzio Presidente

Antonio	Bianchi	Consigliere, rel. ed est.
Davide	Ponte	Primo Referendario

R.G.R. 297/01