

REPUBBLICA ITALIANA N. 3916/02 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N.9277 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha ANNO 2001
pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9277 del 2001 proposto dalle società BORIO MANGIAROTTI s.r.l., BOTTA s.p.a., EDILDA s.p.a.. MASCAGNI PARKING s.r.l. rappresentate e difese dagli Avv.ti Riccardo VILLATA, Rinaldo BONATTI e Daniele CUCCHI ed elettivamente domiciliate presso lo studio dei primi due, in Roma, via F. Denza n. 50/a

c o n t r o

il COMUNE di MILANO, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Maria Rita SURANO e Armando TEMPESTA dell'Avvocatura comunale e dall'Avv. Raffaele IZZO e presso quest'ultimo elettivamente domiciliato, in Roma, via Cicerone n. 28

e nei confronti

di QUADRIO CURZIO s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giancarlo TANZARELLA e Paolo VAIANO, presso il quale ultimo è elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Marzio n. 3

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 2.7.2001 n. 4729 che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalle attuali appellanti avverso la delibera della Giunta comunale n. 2914 del 30.10.2000, che ha individuato il soggetto promotore del project financing relativo al parcheggio sotterraneo da realizzarsi nell'ambito "Borgogna", nonché di tutti gli atti presupposti, tra cui il parere 27.10.2000 espresso al riguardo dalla Commissione di valutazione all'uopo nominata.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della soc. Quadrio Curzio e del Comune di Milano;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito, alla pubblica udienza del 22 gennaio 2002, il relatore, consigliere Nicolina Pullano, ed uditi, inoltre, gli avv.ti Villata, Izzo, Vaiano e Tanzarella;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

La società Quadrio Curzio e la società Borio Mangiarotti, e società ad essa collegate, hanno presentato al Comune di Milano due proposte di intervento nella forma del project financing, di cui agli artt. 37 bis e ss. della L. n. 109 del 1994, per la realizzazione di un parcheggio pubblico a rotazione per 300 posti auto, previsto nell'ambito del Piano Urbano Parcheggi (PUP) del Comune di Milano, da localizzarsi nel sottosuolo della via Borgogna.

I due progetti sono stati sottoposti a valutazione comparativa da una apposita commissione che, con verbale in data 21.10.2000, ha ritenuto accoglibili entrambi, giudicando, peraltro, più vantaggiosa per l'amministrazione comunale la proposta della Quadrio Curzio, per la previsione di un piano interrato con funzione di mezzanino di raccordo tra l'esistente stazione di San Babila della linea 1 della Metropolitana e la stazione Monforte della futura linea 4 della medesima metropolitana.

La commissione ha, però, manifestato delle riserve in ordine alla prevista destinazione di un quarto piano interrato a posti auto per residenti ed ha ritenuto non conforme alle norme la presenza di spazi commerciali nel mezzanino di collegamento; pertanto, ha proposto la Quadrio Curzio come soggetto promotore "a condizione che lo stesso aderisca alle indicazioni richieste dall'amministrazione comunale riguardanti l'utilizzazione temporanea a parcheggio pubblico del primo piano sotterraneo sino alla realizzazione della quarta linea metropolitana, a seguito della quale il predetto piano verrà destinato a corridoio di collegamento tra le linee MM1 e MM4". Ha, inoltre, soggiunto che, qualora la Quadrio Curzio dovesse recedere dall'iniziativa, "l'amministrazione comunale considererà l'a.t.i Mangiarotti, Botta, Edilda, Mascagni Parking quale soggetto promotore a condizione che il progetto da questa proposto aderisca alle condizioni e prescrizioni a cui è stato sottoposto quello della Quadrio Curzio s.p.a, relativamente alla utilizzazione temporanea a parcheggio pubblico del primo piano sotterraneo sino

alla realizzazione della quarta linea metropolitana, a seguito della quale il predetto piano verrà destinato a corridoio di collegamento tra le linee MM1 e MM4”.

Con delibera n. 2914 del 30.10.2000, la Giunta comunale ha individuato la Quadrio Curzio come soggetto promotore, esprimendo la volontà di fare proprie tutte le considerazioni di carattere generale formulate dalla commissione di valutazione.

Per l'annullamento della delibera suddetta hanno proposto ricorso le società Borio Mangiarotti, Botta, Edilda e Mascagni Parking, deducendo le censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis e ss. della L. n. 109 del 1994 e di eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, e carenza di motivazione, in quanto lo stralcio delle attività private, previste nel progetto Quadrio Curzio, avrebbe privato il piano economico dei relativi flussi di finanziamento e la scelta della Quadrio Curzio, dopo la negativa valutazione della proposta, sarebbe stata contraddittoria, rispetto alle premesse emergenti dall'attività istruttoria, ed illogicamente giustificata con riferimento ad un particolare costruttivo (il corridoio di collegamento), non solo marginale, ma estraneo all'opera da realizzare.

La Quadrio Curzio si è costituita e con contestuale ricorso incidentale ha, a sua volta, censurato la deliberazione comunale per le seguenti ragioni: a) perché, in contrasto con quanto dispone l'art. 37 ter della L. n. 109 del 1994, la Giunta comunale avrebbe approvato una soluzione progettuale che richiede la modifica del piano finanziario e, comunque, avrebbe individuato un secondo soggetto promotore cui ha imposto di recepire una soluzione progettuale appartenente in proprietà esclusiva all'altro proponente; b) perché la prevista destinazione del primo piano interrato a funzione di collegamento renderebbe inammissibile la soluzione progettuale delle società ricorrenti, in quanto priverebbe la proposta di 97 posti macchina o imporrebbe la realizzazione di un quarto piano interrato per rispettare il numero di posti macchina previsto dal PUP, rendendo in ogni caso necessaria la revisione del piano finanziario; c) perché la proposta delle ricorrenti sarebbe inammissibile, in quanto presentata da imprese non riunite in a.t.i. o in consorzio ed in assenza dell'impegno a conferire mandato speciale ad una di esse.

Anche il Comune di Milano si è costituito in giudizio ed ha controdedotto con memoria.

Il TAR adito con la sentenza impugnata ha accolto il ricorso incidentale, nella parte propriamente tale (motivo sub c), e cioè quella in cui è stata eccepita la inammissibilità della proposta delle società ricorrenti, e, pur ritenendo che tale pronuncia avrebbe determinato l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse, ha tuttavia esaminato le ulteriori censure proposte nel ricorso incidentale, che ha ritenuto potesse essere convertito in ricorso autonomo, avendo tutti i caratteri propri di questo, accogliendo i motivi sub a) e sub b) e annullando,

per l'effetto, la delibera impugnata nella parte in cui introduce condizioni che impongono la modifica del piano finanziario.

Le società Borio Mangiarotti, Botta, Edilda e Mascagni Parking hanno proposto il presente appello chiedendo, per i motivi dedotti in primo grado e ribaditi nel presente giudizio, nonché per le censure mosse alla sentenza di primo grado in ordine alla declaratoria di inammissibilità del loro ricorso, che, in riforma della stessa, sia dichiarato ammissibile il ricorso da loro presentato al TAR della Lombardia e conseguentemente annullati, non parzialmente ma integralmente, i provvedimenti impugnati.

Con successiva memoria hanno ulteriormente puntualizzato le loro tesi difensive.

In prossimità dell'udienza di trattazione del ricorso, si sono costituiti in giudizio il Comune di Milano e la soc. Quadrio Curzio.

Quest'ultima, con successiva memoria, dopo avere ampiamente illustrato in fatto la questione oggetto della presente controversia, ha riproposto le censure di violazione e falsa applicazione di legge dedotte nella sua originaria impugnazione incidentale.

Ha, inoltre, ha osservato, che l'appello dovrebbe essere dichiarato inammissibile in quanto: a) pur essendo stato dichiaratamente proposto "per l'ipotesi che, in ottemperanza della sentenza del TAR, l'amministrazione proceda all'accettazione senza modifiche del progetto presentato da Quadrio Curzio, con ciò vanificando l'interesse delle appellanti alla attuazione della soluzione alternativa prevista nella delibera comunale", non è stato, però, mosso alcun gravame al capo della sentenza che ha dichiarato illegittima la soluzione anzidetta; b) le società appellanti non possono dirsi titolari di un interesse all'annullamento degli atti impugnati in vista del rinnovo integrale delle operazioni di valutazione delle proposte, tenuto conto che la Giunta comunale, con delibera n. 3314 del 4.12.2001, a scioglimento della riserva contenuta nella delibera impugnata, ha accolto in toto la proposta della Quadrio Curzio, che è stata individuata in via definitiva quale promotore per l'intervento; c) le appellanti non hanno impugnato le statuizioni della sentenza che, per effetto della domanda caducatoria svolta dalla Quadrio Curzio, avevano espunto dalla delibera impugnata le determinazioni illegittime.

D I R I T T O

1 - Le eccezioni della società appellata - di inammissibilità del ricorso in appello per carenza di interesse - non possono essere condivise.

Al riguardo va, in linea generale, osservato che, anche se le società appellanti hanno manifestato interesse alla soluzione alternativa, contenuta nella delibera impugnata (di essere individuate, in caso di recesso della soc. Quadrio Curzio,

quale soggetto promotore a condizione che ...), la finalità dalle stesse perseguita, sia con il ricorso in primo grado sia con l'attuale appello, è inequivocabilmente quella dell'annullamento integrale della delibera di Giunta (tale è il petitum dei due ricorsi).

Ciò premesso, va da sé che le appellanti non avevano alcun interesse a censurare il capo della sentenza che, in accoglimento della domanda incidentale della soc. Quadrio Curzio, ha dichiarato illegittima la soluzione alternativa.

Né può ritenersi che l'interesse delle appellanti al ricorso sia venuto meno per il fatto che nelle more processuali la Giunta comunale con la delibera n. 3314 del 4.12.2001, accogliendo in toto la proposta della Quadrio Curzio, abbia individuato la stessa, in via definitiva, come soggetto promotore dell'intervento, in quanto tale delibera è stata adottata in dichiarata esecuzione della sentenza del TAR.

Infine, non è esatto che le appellanti non abbiano censurato le statuizioni della sentenza con le quali, sempre per effetto della domanda caducatoria svolta dalla Quadrio Curzio, era stata espunta dalla delibera impugnata l'illegittima determinazione di introdurre condizioni che avrebbero imposto la modifica del piano finanziario, perché al punto 2) dei motivi dell'attuale gravame le appellanti, dopo avere ribadito che la fondatezza dei motivi da loro dedotti in primo grado (il censurato contrasto con gli artt. 37 bis e ss. della L. n. 11.2.1994 n. 109 della condizione apposta all'individuazione della Quadrio come soggetto promotore del project financing per la realizzazione del parcheggio sotterraneo di via Borgogna), hanno contestato che "la conseguenza di siffatta illegittimità non può essere l'annullamento parziale della delibera di Giunta (laddove impone siffatto stravolgimento), ma la caducazione integrale della medesima per non avere dichiarato inammissibile/respinto il project financing Quadrio Curzio".

2 - Con il primo motivo di appello le società appellanti deducono che il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso da loro proposto in primo grado perché ha erroneamente ritenuto che esse non avessero legittimazione ad agire, avendo dichiarato nella loro proposta di essere legittimate alla partecipazione alla procedura in qualità di "imprese appaltatrici associate con società gestrice di servizi", mentre il promotore del project financing avrebbe dovuto necessariamente assumere, ove non si fosse trattato di una impresa singola, la forma del consorzio o dell'a.t.i., risultando sufficiente, nella seconda, ipotesi, l'impegno a conferire mandato speciale con rappresentanza ad una delle imprese raggruppate.

La censura è fondata.

L'art. 37 bis della L. n. 109 del 1994 dispone, al secondo comma, che possono presentare le proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di

pubblica utilità i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati nel regolamento, *nonché* i soggetti di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lett. f), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

A sua volta l'art. 99 del regolamento (d.P.R. 21.12.1999 n. 554) precisa che possono presentare le proposte di cui all'articolo 37-bis della Legge, “*oltre ai soggetti elencati negli articoli 10 e 17, comma 1, lettera f), della legge, soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività ...*”.

Le norme suddette prevedono, quindi, attraverso il richiamo all'art. 10, che la qualità di promotore può essere assunta da una a.t.i., ma non escludono affatto le imprese singole, né le obbligano a seguire il modello del raggruppamento.

Tale modello, infatti, è in funzione della verifica della capacità realizzativa dell'opera, mentre il promotore del project financing non deve dimostrare al momento della presentazione dell'istanza di possedere i suddetti requisiti, richiesti invece per il futuro concessionario.

Né può ritenersi che la necessità di un centro di imputazione unitario trovi conferma nell'ultima parte dell'art. 37-bis, secondo cui “i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici ...” possono essere “eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi” e nell'art. 37-quater, secondo comma, secondo il quale la proposta del promotore è vincolante per lo stesso, per cui non sarebbe ammissibile la partecipazione di organismi aventi soggettività indeterminata, perché il termine associati non deve intendersi riferito all'istituto dell'a.t.i., ma all'eventuale collegamento, nelle forme ritenute più idonee, con enti finanziatori o gestori di servizi e perché il carattere impegnativo della proposta è garantito dalla sottoscrizione di tutti coloro che si propongono quali promotori.

Parimenti da escludere è che l'esigenza della costituzione di una a.t.i., nella specie, potesse derivare, dal dichiarato proposito delle società appellanti di costituirsi in forma societaria, in caso di affidamento della concessione, di guisa che sarebbe stato necessario, ai sensi dell'art. 13, quinto comma, l'impegno a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse.

Tale esigenza, non può considerarsi attuale e connaturata alla proposta del project financing - per la quale il promotore deve essere in possesso dei requisiti che lo abilitano non tanto a realizzare l'oggetto della concessione, quanto piuttosto a garantire la serietà e l'attendibilità della proposta - ma proiettata alla eventuale assunzione della veste di a.t.i. in caso di affidamento della concessione - per il che,

come prevede l'ultimo comma, saranno necessari gli stessi requisiti richiesti al concessionario - coincidendo con questo momento la necessità di creare un centro unitario di imputazione.

La proposta delle appellanti era, pertanto, ammissibile trattandosi, come è incontrovertito, di tre imprese di costruzioni e di una società che gestisce parcheggi pubblici, che hanno sottoscritto congiuntamente il progetto, assumendo l'impegno di realizzarlo, dichiaratamente nelle forme richieste dalla legge (v. doc. 2 nel fasc. di I° grado), in caso di affidamento della concessione; pertanto, sotto tale aspetto, si appalesa infondato il ricorso incidentale proposto dalla soc. Quadrio Curzio.

3 - Con il secondo motivo le appellanti ribadiscono le censure dedotte in primo grado, argomentando, in particolare e sinteticamente, che la realizzazione del parcheggio condizionata al completo stravolgimento del progetto, presentato dalla soc. Quadrio Curzio ai sensi degli artt. 37 bis e ss. della L. n. 109 del 1994, e del relativo piano finanziario, certificato dagli istituti di credito, si pone in inesorabile contrasto con la disciplina legislativa dell'istituto del project financing.

La doglianza - come, del resto, è stato riconosciuto nella sentenza appellata, con la quale è stata accolta l'analogia (ancorché diretta ad effetti diversi) censura dedotta nel ricorso incidentale della soc. Quadrio Curzio - è fondata.

L'amministrazione comunale ha ritenuto più vantaggiosa la proposta della soc. Quadrio Curzio, proponendola quale soggetto promotore, a condizione, però, che la stessa aderisse alle indicazioni formulate dalla Commissione di valutazione nella seduta del 27.10.2000 e cioè: utilizzazione temporanea a parcheggio pubblico del primo piano sotterraneo (che nel progetto era stato, invece, destinato a galleria pedonale di collegamento tra la stazione S.Babila della linea M1 della metropolitana e la stazione Monforte della futura linea M4 della metropolitana) e riserva di verificare la possibilità di prevedere nei parcheggi realizzandi una quota di posti auto in diritto di superficie ai residenti (mentre nel progetto era stato previsto un quarto piano interrato a posti auto per residenti).

Tale condizione si è posta, però, in contrasto con gli artt. 37 bis e ss. della L. n. 109 del 1994.

Dette norme, prevedono la figura del promotore di proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità e individuano i tratti distintivi del c.d. project financing, ossia di quella tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in una operazione di finanziamento di una particolare attività economica, idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in

altri termini, l'attività economica finanziata deve avere la capacità di autofinanziarsi.

In tale ottica assume, pertanto, un ruolo centrale il piano di finanziamento, previsto come uno degli elementi essenziali della proposta, che, per la sua rilevanza, deve essere asseverato da un istituto di credito (art. 37 bis) e sulle cui previsioni si dovrà basare non solo la validità dell'iniziativa e dell'impianto finanziario, tenuto conto che "le amministrazioni aggiudicatrici valuteranno la fattibilità delle proposte presentate (anche) sotto il profilo ... del valore economico e finanziario del piano" (art. 37 ter), ma la stessa redditività dell'investimento da parte dei finanziatori.

La proposta del promotore non può, quindi, essere valutata indipendentemente dal piano economico-finanziario e se questo risulta incongruo la proposta non può non essere valutata inidonea allo scopo.

Nella specie la Commissione di valutazione, una volta selezionata la proposta della Quadrio Curzio, non ha imposto modifiche concernenti aspetti migliorativi del progetto, tali cioè da non modificarne l'impostazione strutturale, ma ha, in sostanza, ritenuto incongrua la proposta, perché sorretta da flussi di finanziamento collegati a profili progettuali ritenuti "incompatibili con la norma di riferimento (L. n. 109/1994)" e cioè gli spazi commerciali e i posti auto privati (dai quali, peraltro, sarebbero in buona parte scaturiti gli utili che avrebbero consentito il recupero del capitale investito e la proficua gestione dell'attività economica); pertanto, risultando sconvolto il piano economico-finanziario, la Commissione avrebbe dovuto dichiarare la proposta inammissibile (anche perché mancava l'asseveramento da parte dell'istituto di credito del diverso assetto finanziario) e non già "più vantaggiosa ... a condizione che ...".

In conseguenza, le conclusioni cui è pervenuto il suddetto organo si appalesano illegittime e viziose anche l'impugnata delibera della Giunta comunale, che le ha recepite, che, per tale motivo, deve essere integralmente annullata.

Va, pertanto, condivisa pronuncia del giudice di primo grado che ha disposto l'annullamento della delibera in questione, nella parte in cui introduce condizioni che impongono la modifica del piano finanziario, in quanto, come si è appena precisato, il progetto, così come elaborato, è stato ritenuto dalla Commissione di valutazione non conforme alle norme (v. verbale del 27.10.2000 nel fasc. di primo grado del Comune resistente) e sotto tale aspetto nessuna censura è stata mossa dalla parte interessata.

Per le considerazioni che precedono e restando assorbite le restanti censure, l'appello va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, il

ricorso incidentale va respinto, per quanto di ragione, e va accolto, unitamente a quello principale, per la restante parte.

Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P. Q. M.

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge, per quanto di ragione, il ricorso incidentale e lo accoglie, unitamente a quello principale, per la restante parte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 22 gennaio 2002 con l'intervento dei Signori:

Claudio VARRONE Presidente

Corrado ALLEGRETTA Consigliere

Paolo BUONVINO Consigliere

Francesco D'OTTAVI Consigliere

Nicolina PULLANO Consigliere estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Nicolina Pullano F.to Claudio Varrone

IL SEGRETARIO

F.to Luciana Franchini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il..... 11/07/2002.....

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

IL DIRIGENTE

F.to Pier Maria Costarelli

N°. RIC. 9277-01

cm