

Consiglio di Stato in S.G. – IV sez. – Sent. 10 novembre 2005 – n. 6287

Pres. Elefante – Rel. Millemaggi Cogliani; Astaldi s.p.a. c. Cons. Toscana Salute cf. S.I.O.R.

1. Nel meccanismo complesso contemplato dagli artt. 37 bis e seguenti della L. n. 109 del 1994, la centralità della figura del promotore nulla toglie alla sostanziale unitarietà delle due fasi che costituiscono il procedimento, che, nel suo insieme non si sottrae alle regole pubblicistiche, non soltanto nella fase della procedura negoziata contemplata dall'art. 37 quater (per la quale è pacifica l'applicazione degli schemi formali dell'evidenza pubblica), ma anche nella fase anteriore di presentazione e valutazione delle proposte (art. 37 bis e 37 ter) le cui disposizioni fissano, sia pure nei tratti essenziali, il procedimento che l'amministrazione (ovvero il gestore del programma) è tenuta a seguire. E' in ogni caso chiaro che, anche per ciò che riguarda la scelta del promotore, la controversia relativa appartiene alla cognizione del giudice amministrativo, nell'ambito della previsione dell'art. 33 lett. d) D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 nel testo modificato dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, anche dopo l'intervento della Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, sul testo del citato articolo.

2. Nella complessa procedura di valutazione delle proposte delineata dagli artt. 37bis e 37 ter L. n. 109 del 1994 devono individuarsi almeno due fasi delle quali, la prima, sulla singola proposta, finalizzata a stabilire che non vi siano elementi ostativi alla sua realizzabilità, e l'altra della "valutazione" in senso proprio, all'interno della quale devono anche essere individuati due differenziati momenti, uno inerente alla valutazione, in senso assoluto, dell'interesse pubblico alla realizzazione, l'altro relativo, di comparazione delle proposte.

3. Il modulo procedimentale in parola e la natura delle determinazioni che il gestore del programma deve assumere, nella scelta del promotore, non consentono di applicare analogicamente al procedimento in esame le regole dell'evidenza pubblica. In ciascuna di dette fasi, la "valutazione" non può essere espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, bensì, costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato, analogamente a quanto avviene – per le procedure ordinarie – con la scelta (ovvero l'approvazione) del progetto, sul quale interverrà la gara. Si è, dunque, nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale, dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo.

4. Il momento della valutazione del pubblico interesse della proposta ed anche quello della comparazione, deve farsi coincidere, per quanto concerne la natura del potere esercitato, con quello della scelta delle soluzioni progettuali che, nelle procedure ordinarie, appartiene al committente, e non può essere delegato ad un organo tecnico e, tanto meno, ad un organo neutrale, con poteri vincolanti per il committente, in quanto costituisce momento essenziale della discrezionalità amministrativa rispetto al quale l'apporto di soggetti terzi è sempre di natura tecnico-consultiva, senza interferenze sulla discrezionalità.

5. Nell'ambito della valutazione dell'ammissibilità delle proposte, il piano economico finanziario costituisce l'elemento centrale della proposta (come del resto emerge dall'art. 37 bis, che ne esige l'asseveramento da parte di un istituto di credito), in quanto dalle sue previsioni dipende la validità dell'iniziativa (le «amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo» fra l'altro «del valore economico e finanziario del piano») e la redditività dell'investimento. La proposta del promotore non può quindi essere valutata indipendentemente dal piano economico finanziario e se questo risulta incongruo, la proposta non può che essere valutata inidonea allo scopo (in termini, la citata decisione della Sezione, n. 3916/2002; nello stesso senso la più recente decisione della Sezione n. 1802 del 19 aprile 2005).

REPUBBLICA ITALIANA

N. 6287/05 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.10961/04 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

N.13/05 REG. RIC.

ha pronunciato la seguente

decisione

sui ricorsi in appello n.10961 del 2004 e 13 del 2005, proposti da:

I – (ric. n. **10961/2004** del 13/12/2004):

Astaldi s.p.a., corrente in Roma, C.F.00398970582, in persona del Direttore Generale ing. Nicola Oliva, in proprio e quale capogruppo, mandataria del raggruppamento temporaneo di impresa, copstituito con le mandanti **Techint-Compagnia Tecnica Internazionale s.p.a.** e **Impresa Pizzarotti & C. s.p.a.**, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Stefano Grassi, Francesco Adavastro, Andrea Segato e Marco Annoni, con domicilio eletto in Roma, Via Udine n. 6, prsso lo studio dell'Avv. Marco Annoni;

contro

- il **Consorzio Toscana Salute (CTS)** – Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Prof. Mario P. Chiti, Prof. Rino Gracili, Natalia Princi, Maria Teresa Grassi, Prof. Marco Miccinesi, Alberto Bruni, Prof. Stefano Vinti, Prof. Fabio Roversi Monaco e Antonino Morello, con domicilio eletto in Roma, via Emilia n. 88, presso lo studio del Prof. Stefano Vinti – **appellato e appellante incidentale** -

- il Comune di Lucca, in persona del Sindaco in carica, n.c.

e nei confronti di

- **SISTEMA INTEGRATO OSPEDALI REGIONALI-S.I.O.R.** – Associazione tra le Aziende USL n. 1 di Massa e Carrara, n. 2 di Lucca, n. 3 di Pistoia, n. 4 di Prato, in persona del Presidente,

legale rappresentante in carica, Dr. Mauro Pallini, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Prof. Carlo Malinconico, Prof. Franco Gaetano Scoca, Prof. Fabio Merusi, Prof. Andrea Guarino, Giuseppe Toscano e Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il studio del primo, in Roma, Piazza dei Caprettari, n. 70, - **appellato ed appellante incidentale autonomo** -

- **Regione Toscana**, in persona del Presidente in carica della Riunta Regionale, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Lucia Bora e Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto in Roma, Via del Viminale n.43, presso lo studio dell'Avv. Fabio Lorenzoni – **appellata e appellante incidentale** -;

- **i componenti della Commissione Tecnica Consultiva** presso il Sistema Integrato Ospedali Regionali – n.c.

- **i Comuni di Pistoia, Prato e Massa**, in persona dei rispettivi Sindaci in carica, nonché i **Sigg. Paolo Portoghesi, Felice Saccani, Marinella D'Innocenzo, Riccardo Varaldo, Federico Miglio**, n.c.

II – (ricorso n. 13/2005 del 03/01/2005):

- **Azienda USL n. 4 di Prato**, in persona del legale rappresentante in carica Dott. Mauro Pallini (P. IVA 01683070971);

- **Azienda USL n. 3 di Pistoia**, in persona del legale rappresentante in carica Dott. Vairo Contini;

- **Azienda USL n. 2 di Lucca**, in persona del legale rappresentante in carica, Dott. Oreste Tavanti,;

- **Azienda USL n. 1 di Massa e Carrara**, in persona del legale rappresentante un carica, Dott. Alessandro Scarafuggi;

tutte rappresentate e difese dagli Avv.ti Prof. Fabio Merusi, Prof. Andrea Guarino, Prof. Franco Gaetano Scoca, Prof. Carlo Malinconico, Giuseppe Toscano e Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo studio del Prof. Andrea Guarino in Roma, Piazza Borghese, n. 3;

contro

- **il Consorzio Toscana Salute (CTS)** – Soc. Coop. a r.l., in persona del legale rappresentante in carica – n.c.

e nei confronti di

Astaldi s.p.a, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità capogruppo mandataria della ATI sopra specificata; - **Regione Toscana**, in persona del Presidente in carica della Riunta Regionale; - i **Comuni di Pistoia, Lucca, Prato, Massa e Carrara**, in persona dei rispettivi Sindaci in carica, nonché i **Sigg. Paolo Portoghesi, Carlo Felice Saccani, Marinella D'Innocenzo, Riccardo Varaldo, Federico Miglio**; non costituiti..

S.I.O.R. Associazione tra le aziende USL n. 1 di Massa e Carrara, n. 2 di Lucca, n. 3 di Pistoia e n. 4 di Prato, Progetto nuovi ospedali, non costituiti:

entrambi gli appelli

per la riforma

per quanto di ragione, della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, n. 2860 del 2 agosto 2004, resa fra le parti sui ricorsi nn.331/2004 e 1081/2004, e specificamente *“nella parte in cui respinge il ricorso incidentale proposto da Astaldi s.p.a., nel giudizio n. R.G. 331/2004, nonché nella parte in cui respinge le ulteriori eccezioni di inammissibilità proposte da ATI Astaldi e accoglie il ricorso principale 331/2004 proposto da Consorzio Toscana Salute”* (appello n. 10961/2004), ovvero, *“nella parte in cui annulla, «limitatamente ai profili attinenti allo svolgimento della della procedura seguita per la scelta del promotore» la deliberazione n. 15/03 adottata da SIOR il 12 dicembre 2003 e nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto dalla ATI Astaldi”* (appello n. 13/05).

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione nel giudizio di cui al ric. n. 10961/2004, da Sistema Integrato Ospedali Regionali-SIOR; Regione Toscana; Consorzio Toscana Salute Soc. Coop r.l.;

Visti gli appelli incidentali dagli stessi proposti sul medesimo ricorso;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 10 maggio 2005, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi, altresì, gli avvocati S. Grassi, F. A. Adavastro, A. Segato, M. Annoni, C. Malinconico, F.G. Scoca, A. Guarino, F. Merusi, G. Toscano, D. Iaria, F. Lorenzoni, S. Vinti, M. P. Chiti, R. Gracili, N. Princi, M. Miccinesi, A. Bruni ed A Morello;

Pubblicato, sugli appelli riuniti, il dispositivo n.295/2005;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Sulla base degli indirizzi fissati dalla Regione Toscana con deliberazione consiliare 12 febbraio 2003 n. 31, in tema di interventi sanitari programmati, per la realizzazione del progetto “Nuovi ospedali”, nei territori dei Comuni di Lucca, Prato, Massa e Carrara e Pistoia, le Aziende interessate agli interventi hanno costituito un organismo unitario in forma associativa, denominato “Sistema Integrato Ospedaliero Regionale – S.I.O.R.”, con sede legale in Prato (il cui statuto fu sottoscritto nel marzo del 2003), avente, fra l’altro, lo scopo di consentire la gestione, in maniera congiunta e coordinata, di tutte le fasi delle operazioni afferenti al complesso delle procedure necessarie per la realizzazione dei nuovi ospedali, secondo un progetto unitario, provvedendo alle necessarie iniziative, tra cui il ricorso alla procedura di finanziamento, a norma dell’art. 37 bis della legge n. 109, nei prescritti limiti del 25% del finanziamento necessario per l’intera realizzazione del programma, fermo quanto stabilito nell’allegato A degli indirizzi fissati dalla Regione, ovvero che la partecipazione privata al finanziamento delle opere da realizzare con il sistema della finanza di progetto, avrebbe avuto attuazione esclusivamente mediante l’espletamento, da parte del privato, di ben individuati servizi da rendere presso le strutture ospedaliere da realizzare e precisamente (all. B): “servizi di natura alberghiera e di supporto (quali ristorazione compreso mensa, tavola calda e ristorante per visitatori; bar – caffetteria; lavaggio e manutenzione biancheria; magazzini; impiantistica; centrali tecnologiche; locali per pulizia generali; ambienti per centri direzionali e/o amministrativo gestionali) nonché di quelli sociali e

commerciali (quali sportelli bancari; sportello postale; asilo nido; strutture didattiche per la formazione; negozi vari; market o super market; parrucchieri uomo-donna; edicola e libreria)”.

Publicati l’avviso di cui all’art. 37-bis della legge n. 109 del 1994 e le “Linee guida per la progettazione” che, per quanto non espressamente previsto nel documento, rinviano agli indirizzi regionali con particolare riferimento alle deliberazioni del Consiglio regionale n. 202 del 23 dicembre 2002 e 31 del 12 febbraio 2003, sono pervenute nella sede SIOR, alla prescritta data del 30 giugno 2003, due proposte, rispettivamente del Consorzio Toscana Salute e della A.T.I. Astaldi, Techint e Pizzarotti.

Successivamente, con deliberazione n. 15 del 12 dicembre 2003, il SIOR, acquisito il parere della Commissione tecnico consultiva all’uopo nominata e le valutazioni dei competenti servizi tecnici e delle direzioni sanitarie delle Aziende locali partecipanti all’associazione, ha dichiarato “non di pubblico interesse” ai sensi e per gli effetti dell’art. 37 *ter* della legge n. 109 del 1994, il progetto presentato dal Consorzio Toscana Salute, e al contrario, “fattibile e di pubblico interesse” quello presentato dalla ATI Astaldi, Tecnit e Pizzarotti.

2.1. L’anzidetta deliberazione (unitamente al complesso degli atti della procedura) è stata impugnata, con separati ricorsi, davanti al Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, dal Consorzio Toscana Salute (ric. n. 331/2003 R.G.) e dal Comune di Lucca (ric. n. 1081/2004 R.G.). L’impugnazione del Comune è pervenuta al giudice amministrativo a seguito della trasposizione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, originariamente proposto, in seguito alla opposizione del SIOR.

Per maggior precisione, unitamente alla deliberazione n. 15 del 12 dicembre 2003, con i relativi allegati e la comunicazione 18 dicembre 2003 di designazione del promotore, sono stati impugnati i seguenti ulteriori atti espressamente menzionati:

- le deliberazioni SIOR n. 3 del 28 marzo 2003 (avente ad oggetto la nomina del responsabile unico del procedimento e dell'Ufficio del medesimo), n. 7 del 12 maggio 2003, n. del 27 giugno 2003 (aventi ad oggetto determinazioni dell'Assemblea);

- nonché i verbali assembleari del 29 luglio 2003, del 28 agosto 2003, del 10 novembre 2003 ed i relativi allegati;

- il verbale del 19 dicembre 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;

- infine, per quanto occorrente ed in parte, le linee guida per la progettazione, fatte proprie dal SIOR nella riunione del 28 marzo 2003 (presa s'atto delle linee ed avviso/informativa per la ricerca del promotore) per l'ipotesi che le stesse dovessero essere interpretate come impeditive della possibilità di presentare servizi aggiuntivi rispetto a quelli indicati.

2.2. Il Consorzio Toscana Salute, con il ricorso n. 331/2003, chiedeva, unitamente all'annullamento degli atti anzidetti il risarcimento dei danni con riserva di quantificazione in corso di causa. Formulava 11 articolati motivi di impugnazione, di cui i primi otto volti a prospettare vizi procedurali in cui sarebbe incorso il SIOR nell'esame delle proposte, e gli ultimi tre intesi a sviluppare censure sulla valutazione espressa dal SIOR sui profili economico finanziario, sulla compatibilità urbanistica ed ambientale e sugli impianti meccanici, elettrici e speciali.

Dal punto di vista procedurale, in particolare erano denunciati la violazione degli artt. 37 bis e ter e dell'art. 21 della legge n. 109 del 1994, l'eccesso di potere sotto vari profili, fra cui principalmente, violazione del giusto procedimento, illogicità, indeterminatezza, violazione dei principi di imparzialità e trasparenza e del principio della collegialità perfetta, con focalizzazione delle censure sui seguenti aspetti:

- la nomina del responsabile unico del procedimento e della Commissione tecnico.consultiva sarebbe avvenuta anteriormente alla scadenza del termine di ricezione delle proposte;

- i criteri per la valutazione dei progetti sarebbero stati fissati dal SIOR genericamente e comunque successivamente alla verifica delle proposte da parte del responsabile del procedimento e dei direttori sanitari delle ASL, e la valutazione delle proposte sarebbe stata effettuata non soltanto dalla Commissione tecnica ma anche da soggetti estranei, che avevano predisposto distinte relazioni; in più la commissione avrebbe violato le regole della collegialità ed aveva omissso la verbalizzazione delle proprie sedute;

- peraltro la proposta Astaldi era stata prescelta immotivatamente e malgrado l'esplicita necessità di interventi correttivi;

- non era stata presa in considerazione la fattibilità urbanistica degli ospedali, il valore economico e finanziario del piano, le modalità di gestione dei servizi ed era stato modificato il giudizio finale già espresso in data 5 dicembre 2003;

- non era stata esaminata la coerenza normativa delle due proposte, cosicché non era stato appurato che la proposta Astaldi configgeva in più punti con le indicazioni delle linee guida; la Commissione inoltre aveva inspiegabilmente ed immotivatamente modificato una prima valutazione favorevole sulla proposta del Consorzio in materia di organizzazione sanitaria;

- sarebbero state illegittimamente ritenute l'incompatibilità dell'offerta di servizi aggiuntivi e la non scorporabilità degli stessi.

Nel giudizio instaurato con il ricorso CTS si incardinavano altresì:

- il ricorso incidentale autonomamente proposto dalla soc. Astaldi, nella qualità di capogruppo e mandataria della ATI appositamente costituita, volto ad impugnare a sua volta la deliberazione SIOR n. 15 del 2003 (e gli atti connessi) nella parte in cui, piuttosto che valutare (sia pure con esito negativo) la proposta CTS, non si era provveduto ad escluderla dalla valutazione

sulla base rilievi che lo stesso SIOR aveva autonomamente espresso, in ordine alla inammissibilità della proposta sotto profili oggettivi e soggettivi e per l'incompletezza della documentazione allegata alla stessa;

- motivi aggiunti con i quali il ricorrente principale poneva in discussione l'ammissione alla procedura della ATI capeggiata dalla Soc. Astaldi, per non essere state prodotte le dichiarazioni di assenza delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare previste dall'art. 75 del D.P.R. n. 554 del 1999 e un ricorso incidentale della stessa ricorrente principale, con cui, con motivi aggiunti, era anche impugnata la deliberazione SIOR n. 11 del 14 luglio 2003, conosciuta solo a seguito dell'accesso agli atti avvenuto successivamente al 7 gennaio 2003, denunciandosi l'operato del SIOR per non avere richiesto l'integrazione della documentazione presentata dal Consorzio (la cui incompletezza era stata denunciata dalla Astaldi) a norma dell'art. 37 bis, comma 2 ter della legge n. 109 del 1994 o in via subordinata, dell'art. 71 del D.P.R. n. 445 del 2000.

Sul piano difensivo, l'Astaldi, il S.I.O.R. e la Regione Toscana resistevano, nel merito, alle censure dedotte, i primi due eccependo anche pregiudiziali profili di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse del ricorrente ed il SIOR eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sulla considerazione della sua natura di associazione interaziendale di natura privatistica che agirebbe in regime di diritto privato.

2.3. Ampiamente svolte dalle parti le rispettive difese, il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, con sentenza della Sezione II, n. 2860 del 2 agosto 2004, ha riunito i ricorsi; ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal Comune di Lucca (n.1081/2004) e, conseguentemente, improcedibile quello incidentale proposto nel relativo procedimento dalla soc. Astaldi; ha respinto il ricorso incidentale proposto da quest'ultima sul ricorso principale del Consorzio Toscana Salute, della quale ha dichiarato inammissibile il successivo ricorso incidentale; ha respinto le eccezioni pregiudiziali dei resistenti ed ha, infine, accolto il ricorso

principale del Consorzio (n. 331/2004), sulla base del complesso delle censure rivolte allo svolgimento della procedura seguita per la scelta del promotore, con specifico riferimento alle modalità seguite nell'esame delle proposte da parte della Commissione, la mancata predeterminazione dei parametri di valutazione e dei connessi criteri di graduazione del giudizio, nonché per la successiva integrazione dei criteri e dei parametri in corso dei lavori da parte di soggetti diversi dai componenti della commissione, nonché per mancata osservanza della regola della collegialità, almeno relativamente al parere conclusivo.

4. Avverso l'anzidetta sentenza hanno proposto separati appelli principali la soc. Astaldi in proprio e nella qualità di capogruppo e mandataria della ATI costituita con le società Techint-Compagnia Tecnica Internazionale e Impresa Pizzarotti & C.(ric. n. 10961/2004) e le Aziende USL interessate alla realizzazione delle nuove strutture ospedaliere (n. 4 di Prato, n. 3 di Pistoia, N. 2 di Lucca e n. 1 di Massa e Carrara) (ric. n. 13/2005).

Nel primo dei procedimenti in parola si sono innestati, nella forma dell'appello incidentale, le autonome impugnazioni della Regione Toscana e del Sistema Integrato Ospedali Regionali, e, in posizione contrapposta, l'appello incidentale del Consorzio Toscana Salute.

5.1. La Astaldi propone censure che investono la declaratoria di inammissibilità del proprio ricorso incidentale, la reiezione delle eccezioni pregiudiziali al ricorso principale del Consorzio, e, nel merito, il parziale accoglimento del ricorso e il conseguenziale annullamento parziale degli atti impugnati limitatamente ai profili attinenti allo svolgimento della procedura seguita per la scelta del promotore ed alla designazione della ATI da essa capeggiata.

Il giudice di primo grado sarebbe incorso in errore nella interpretazione ed applicazione dell'art. 37 ter della legge n. 109 del 1994: a ciò sarebbe dovuta la reiezione del ricorso incidentale proposto dalla attuale appellante, per i profili volti a sindacare la mancata declaratoria di inammissibilità della proposta CTS

- per contrasto con le linee guida, per ciò che riguarda i contenuti tecnico progettuali;

- per l'inidoneità del CTS ad assumere la veste di proponente;
- per violazione dell'art. 75 del Regolamento.

L'Astaldi ripropone, dunque, in questa sede i motivi di impugnazione, incidentalmente proposti in primo grado, nell'ordine, con le intestazioni e le argomentazioni originariamente dedotti, muovendo dalla considerazione critica dei convincimenti espressi al riguardo dal giudice di primo grado.

D'altra parte, la sentenza appellata sarebbe anche viziata nella parte in cui ha disatteso le eccezioni pregiudiziali mosse al ricorso principale (mancanza di interesse alla impugnazione del CTS la cui proposta non può comunque aspirare ad un apprezzamento favorevole per la discordanza del piano finanziario con le indicazioni delle linee guida per ciò che riguarda la tipologia e la consistenza dei servizi che dovevano essere acquisiti da ciascuna AUSL) .

In ogni caso il giudice di primo grado sarebbe incorso in vari vizi di eccesso di potere e violazione di legge, nella parte in cui ha ritenuto applicabili al procedimento di scelta del promotore norme e principi estranei alla specifica procedura della quale si tratta.

5.2. Con atti regolarmente notificati alle parti in causa, la Regione Toscana ed il SIOR hanno proposto, nella medesima posizione della appellante principale e nelle forme del dell'appello incidentale, autonoma impugnazione della sentenza in questione..

Il SIOR ripropone il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e deduce l'erroneità della sentenza appellata nella parte in cui sono stati respinti le altre eccezioni pregiudiziali e l'appello incidentale della Astaldi, contestando nel merito le conclusioni cui è pervenuta la sentenza appellata, nell'accogliere il ricorso CTS, con argomenti analoghi, sul punto, a quanto dedotto nell'appello principale ed in quello incidentale della Regione.

Coincidenti alle posizione del SIOR sono le censure dedotte dalle appellanti Aziende USL, che pongono il problema della giurisdizione, sia pure residualmente rispetto al complesso delle censure che investono il merito della sentenza appellata.

5.3. In posizione contrapposta, il Consorzio Toscana Salute, ha, a sua volta proposto appello incidentale, incardinato nel giudizio d'appello promosso in via principale dalla Astaldi, con il quale, oppone, in primo luogo, l'inammissibilità dell'appello incidentale SIOR, per l'ipotesi di accoglimento dell'appello principale, nella parte in cui ripropone l'esistenza di elementi ostativi pregiudiziali all'esame della proposta da esso Consorzio formulata, già dedotta in via principale, con il ricorso incidentale di primo grado.

Impugnativamente, poi, il Consorzio oppone l'invalidità della sentenza nella parte in cui dispone che vanga rinnovato l'esame delle due domande, ferma la loro immodificabilità rispetto alla formulazione definita all'atto della presentazione. Il capo della sentenza in questione sarebbe erroneo e viziato per violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato e perché, dovendosi tutelare l'esigenza di segretezza e par condicio dei concorrenti, il procedimento dovrebbe essere, se del caso, interamente rinnovato.

Successivamente, rinviato al merito l'esame dell'istanza cautelare, le parti hanno ulteriormente sviluppato le rispettive difese, e la causa, chiamata alla pubblica udienza del 10 maggio 2005, è stata trattenuta in decisione.

D I R I T T O

1. Gli appelli, relativi alle medesima sentenza, devono essere riuniti.

2. Pregiudiziale è la questione di giurisdizione, già sollevata in primo grado e riproposta in appello.

Sul punto la Sezione deve condividere le conclusioni alle quali è pervenuto il giudice di primo grado.

E' irrilevante che il SIOR sia una struttura associativa costituita dalle Aziende sanitarie interessate dall'intervento.

Esso partecipa - per ciò che riguarda i compiti che gli sono stati assegnati dalle Aziende costituenti, sulla base di puntuali direttive Regionali - della soggezione alla medesima normativa

pubblicistica cui sottostanno le Aziende che vi hanno dato vita, allorché operino in settori espressamente disciplinati da tale normativa, per il perseguimento di specifici pubblici interessi alle stesse affidate.

Il Sistema Intergrato Ospedali Regionali – costituito dalle Aziende USL n. 1 di Massa e Carrara, n. 2 di Lucca, n. 3 di Pistoia e n. 4 di Prato - altro non é che il modulo organizzativo al quale le Aziende in questione hanno fatto ricorso per rispondere alle indicazioni della Regione Toscana che - ai fini della realizzazione del programma pluriennale degli interventi strategici, approvato con deliberazione del Consiglio regionale n. 202 del 23 dicembre 2002, nell’ambito del Piano Sanitario Regionale 2002/2004 approvato con deliberazione n. 60/2000, nell’individuare fra gli interventi prioritari, la realizzazione di nuove strutture ospedaliere nei Comuni di Massa Carrara (anche dette strutture “delle Apuane”), Lucca, Pistoia e Prato, in sostituzione di quelle esistenti e nel fissare, con successiva deliberazione n. 31 del 12 febbraio 2003, puntuali indirizzi ai quali le Aziende interessate avrebbero dovuto attenersi – ha espressamente disposto che, per la gestione del progetto, le Aziende si avvalessero dello strumento del coordinamento interaziendale ed ha individuato nella forma associativa il modello organizzativo più idoneo a garantire l’obiettivo della gestione, in maniera congiunta e coordinata, di tutte le fasi dell’operazione, in modo che l’organismo costituito con tale specifica finalità e destinato ad estinguersi con la realizzazione del programma, potesse, fra l’altro, su mandato e delega delle Aziende partecipanti, svolgere tutte le attività prodromiche e funzionali alla stipula dei contratti di appalto per la costruzione e messa in attività degli ospedali portanti delle Apuane, di Lucca, di Pistoia e di Prato ed in particolare:

a) contrattare direttamente con i soggetti promotori del progetto di finanziamento la predisposizione degli strumenti previsti dall’art. 37-bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni ed integrazioni;

b) valutare la proposta dei soggetti suddetti ai sensi dell’art. 37-ter della citata legge;

c) indire la gara ex art. 37 *quater* della stessa legge per addivenire alla aggiudicazione che ciascuna azienda, per la parte di competenza fosse tenuta a formalizzare, assumendosi i conseguenti obblighi contrattuali subordinatamente all'approvazione regionale prevista dalla procedura di attuazione dell'art. 20 della legge n. 67 del 1988.

Sotto il profilo soggettivo, pertanto, non vi è ragione di dubitare della soggezione della Associazione della quale si tratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto, come si è visto, esso è chiamato ad operare, nell'ambito di quanto previsto dai commi 1 e 2 *ter* del citato art. 37 bis, per la realizzazione del programma regionale affidato alla gestione delle ASL che lo hanno costituito e che rientrano fra i destinatari della normativa pubblicistica di cui alla legge n. 109 del 1994, sulla base di quanto stabilito dall'art. 2 della stessa legge circa l'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge quadro.

L'articolo da ultimo citato è idoneo anche a definire la ricomprensione della controversia all'esame della Sezione nella previsione dell'art. 33, comma 2, lett. d) del decreto legislativo n. 80 del 1998, nel testo modificato dalla legge n. 205 del 2000, con le modifiche derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004.

Gli argomenti addotti per sostenere la non appartenenza della controversia al giudice amministrativo, muovono dall'equivoco in cui sembra essere incorso il SIOR, nel considerare il procedimento previsto negli artt. 37 *bis* e 37 *ter* della legge quadro come un momento autonomo e distinto dalle "procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture", espressamente contemplati dalla citata lett. d) dell'art. 33 del D.Lgs. n. 80 del 1998.

Al contrario, la tecnica di finanziamento comunemente indicata con l'espressione "*project financing*", pur proiettando all'esterno della finanza pubblica, in tutto o in parte, l'onere derivante dalla realizzazione del programma pubblico, in quanto preordinato all'affidamento in questione, nelle forme della concessione, è incluso in tale previsione.

L'istituto è, del resto, circondato, con ogni evidenza, dalla legislazione nazionale, in conformità del resto alle direttive comunitarie, di particolari cautele, risolvendosi in uno strumento indubbiamente utile per l'Amministrazione, perché, da un lato, consente di perseguire il fine pubblico senza doverne sopportare l'onere finanziario, dall'altro, costituisce, per l'operatore economico che assume la veste di promotore, una indubbia fonte di lucro, essendo essenziale, alla praticabilità dell'istituto, che l'attività economica finanziata sia di per sé idonea ad assicurare utili in grado di consentire la copertura dei costi e, nel contempo, la gestione proficua dell'attività stessa, secondo regole proprie dell'imprenditoria privata.

Anche se, dunque, non può sfuggire all'interprete l'alto grado di discrezionalità che compete al gestore del programma, nella valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse, la procedimentalizzazione fissata nei due articoli in esame (art. 37 *bis* e 37 *ter*) appare di per sé sufficiente a configurare la soggezione al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, sulla base dei medesimi criteri e dei principi che, anche secondo i parametri di legittimità costituzionale messi a fuoco dal giudice delle leggi, con la nota sentenza n. 204 del 2004, giustificano l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo nella specifica materia, con estensione al procedimento prodromico allo svolgimento delle procedure di affidamento in senso stretto, quale è appunto l'individuazione del promotore, che costituirà una delle parti della successiva procedura negoziata.

Del resto, nella tipicità dell'istituto, che pone in primo piano, nella realizzazione del programma e nella definizione del suo contenuto, la possibilità del progetto di autofinanziarsi – a cui si devono anche, in concreto, i limiti frapposti dalla Regione a tale tecnica di finanziamento del progetto (soltanto in ragione del 25% dell'onere finanziario, e soltanto limitatamente all'espletamento di determinati servizi) - deve anche essere ricercata la ragione della necessaria applicazione di regole pubblicistiche, volte a garantire la tutela della concorrenza e della par condicio, che costituiscono, dunque, per i soggetti chiamati a gestire l'intervento programmato

(nel caso in esame, le Aziende sanitarie ovvero l'organismo associato dalle stesse stesse delegato) altrettanti limiti dell'esercizio della discrezionalità di cui sono titolari.

In altri termini, nel meccanismo complesso contemplato dagli artt. 37 *bis* e seguenti della L. n. 109 del 1994, la centralità della figura del promotore nulla toglie alla sostanziale unitarietà delle due fasi che costituiscono il procedimento, che, nel suo insieme non si sottrae alle regole pubblicistiche, non soltanto nella fase della procedura negoziata contemplata dall'art. 37 *quater* (per la quale è pacifica l'applicazione degli schemi formali dell'evidenza pubblica, come la Sezione ha già avuto modo di precisare: in termini, Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847 e 10 febbraio 2004 n. 495), ma anche nella fase anteriore di presentazione e valutazione delle proposte (art. 37 *bis* e 37 *ter*) le cui disposizioni fissano, sia pure nei tratti essenziali, il procedimento che l'amministrazione (ovvero il gestore del programma) è tenuta a seguire.

Non è problema che interessi l'aspetto in esame se il procedimento debba seguire o meno, per quanto non espressamente previsto dagli artt. 37 *bis* e 37 *ter*, le regole della evidenza pubblica o quelle desumibili in linea generale dalla legge regolatrice del procedimento amministrativo (L. n. 241 del 1990) che attrae nella sua orbita ogni caso in cui si verifichi, nell'abito della gestione della cosa pubblica, l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere (art. 12 L. n. 241 citata).

E' in ogni caso chiaro che, anche per ciò che riguarda la scelta del promotore, la controversia relativa appartiene alla cognizione del giudice amministrativo, nell'ambito della previsione dell'art. 33 lett. d) D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 nel testo modificato dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, anche dopo l'intervento della Corte costituzionale, con la sentenza n. 204 del 2004, sul testo del citato articolo.

I relativi motivi d'appello devono dunque essere respinti.

3.1. Chiarito tale aspetto, non può essere condivisa la tesi di fondo della sentenza impugnata, secondo cui *“la valutazione comparativa tra più proposte (per individuare quelle di*

pubblico interesse)” non sarebbe “*subordinata ad una pregiudiziale verifica in ordine all’ammissibilità di ciascuna di esse*”.

L’individuazione di almeno due distinte fasi nella procedura di valutazione della proposta é stata correttamente operata dall’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, con la determinazione n. 20 del 4 ottobre 2001, nella parte in cui è specificato che l’attività valutativa deve essere compiuta in due fasi delle quali, la prima, sulla singola proposta, al fine di stabilire che non vi siano elementi ostativi alla sua realizzabilità.

L’accertamento negativo, in tale fase, è preclusivo del passaggio alla fase successiva della valutazione, in quanto, come la Sezione ha già avuto modo di precisare, (Sez. V, n. 1802 del 19 aprile 2005), l’accertamento in termini negativi dei requisiti richiesti al proponente o della realizzabilità della proposta, non consente integrazioni ed aggiustamenti successivi.

La Sezione, con la citata decisione, ha avuto modo di chiarire che il complesso normativo di cui agli artt. 37 *bis* e 37 *ter* - pur se indubbiamente contempla un’ampia possibilità di integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione già tempestivamente prodotta - non consente, al contrario, di modificare i contenuti minimi essenziale della proposta.

Il supporto normativo del convincimento in parola - che la Sezione ha già rinvenuto nel comma 2 *bis* del più volte citato art. 37 *bis* - deve essere integrato da quanto stabilito dal successivo art. 37 *ter*, che contempla l’apporto collaborativo del proponente che ne faccia richiesta, soltanto dopo che è stata superata e risolta favorevolmente, per la singola proposta, la fase della verifica della sua ammissibilità, ovvero della mancanza di elementi ostativi alla sua realizzazione, allorché si sia passati alla fase fase successiva, nella quale si procede alla “valutazione” dell’interesse pubblico alla sua realizzazione, “anche comparativamente” con altre proposte.

La prima fase è individuata, nell’art. 37 *ter*, attraverso una minuziosa ma certamente non esaustiva esemplificazione dell’esame preliminare che il gestore del programma deve compiere ed

a conclusione del quale, l'«*assenza di elementi ostativi*» conclude il quadro di una valutazione preliminare, di natura prevalentemente, se non esclusivamente tecnica.

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è stata, invero, puntuale, nella interpretazione della norma, precisando come, all'interno della seconda fase - ovvero della "valutazione", in senso proprio, che costituisce un'«*attività propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti al momento attuale*» - devono essere anche individuati due differenziati momenti, uno inerente alla valutazione, in senso assoluto, dell'interesse pubblico alla realizzazione, l'altro relativo, di comparazione delle proposte.

3.2. Il modulo procedimentale in parola e la natura delle determinazioni che il gestore del programma deve assumere, nella scelta del promotore, non consentono di applicare analogicamente al procedimento in esame le regole dell'evidenza pubblica.

A parte la mancanza di un qualsiasi collegamento testuale e sistematico con le disposizioni che disciplinano le varie forme di scelta del contraente, viene in evidenza, infatti, la circostanza che caratteristica fondamentale della finanza di progetto è che il programma al quale occorre dare attuazione non è ancora definito nei suoi contenuti progettuali. Sono infatti tali contenuti che dovranno costituire l'oggetto della proposta, ed essi dovranno essere messi a fuoco proprio attraverso tale proposta, che dovrà essere concepita ed articolata in funzione dell'interesse pubblico che la programmazione è rivolta a realizzare.

Il compito dell'amministrazione (o come nel caso in esame, dell'organismo al quale è affidata la gestione delle operazioni) sarà appunto quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito.

Ed a ciò il gestore del programma perverrà, secondo le cadenze previste dai più volte citati art. 37 *bis* e 37 *ter*, secondo scansioni successive, dapprima valutando "la *fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale,*

della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione” e verificando “l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione”, e, solo successivamente, esaminando la proposta sotto il profilo del pubblico interesse, eventualmente (nel caso di pluralità di proposte), comparandole fra di loro, secondo i criteri indicati nell'avviso “nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37 ter” (art. 37 bis, comma 2 bis), in tale fase “sentiti i promotori che ne facciano richiesta”, ovvero avvalendosi anche dell'apporto collaborativo degli stessi promotori.

E' a questo punto chiaro che, in ciascuna di queste fasi, la “valutazione” non può essere espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, bensì, costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato, analogamente a quanto avviene – per le procedure ordinarie – con la scelta (ovvero l'approvazione) del progetto, sul quale interverrà la gara.

Si è, dunque, nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale, dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo.

Come gli appellanti principali ed i cointeressati appellanti incidentali non mancano di rilevare, il momento della valutazione del pubblico interesse della proposta ed anche quello della comparazione, deve farsi coincidere, per quanto concerne la natura del potere esercitato, con quello della scelta delle soluzioni progettuali che, nelle procedure ordinarie, appartiene al committente, e non può essere delegato ad un organo tecnico e, tanto meno, ad un organo neutrale, con poteri vincolanti per il committente, in quanto costituisce momento essenziale della discrezionalità amministrativa rispetto al quale l'apporto di soggetti terzi è sempre di natura tecnico-consulativa, senza interferenze sulla discrezionalità.

Non è, pertanto, casuale che le norme sulla evidenza pubblica vengano in giuoco, nel dettato normativo, soltanto nel momento successivo della procedura negoziata.

Non vi sono lacune che debbano essere colmate con l'interpretazione analogica, né norme che riguardano i procedimenti concorsuali che possano essere estensivamente applicate.

Argomenti testuali (ed anche ciò è correttamente fatto rilevare dagli interessati) escludono siffatta possibilità.

Non soltanto la valutazione comparativa è meramente eventuale, ma in tale fase viene a collocarsi la possibilità di ingresso, in funzione collaborativi, degli stessi proponenti.

La norma contenuta al comma 2 *bis* dell'art. 37 bis prevede la previa fissazione e pubblicazione dei criteri per la valutazione comparativa, ma non anche la nomina della commissione giudicatrice, pur facendosi carico il legislatore di stabilire (al comma 2 *ter* dello stesso articolo) entro quale termine deve essere nominato il responsabile del procedimento.

L'art. 37 *quater* addirittura prevede che il progetto preliminare del promotore, sul quale si svolgerà la gara, possa essere “*eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse*”

Se pure, dunque, è nella logica operativa che il committente si avvalga, nella valutazione e nella scelta delle proposte della cooperazione di uffici ed organi istruttori e di consulenza, ed anche di consulenti terzi, essi avranno un ruolo meramente interno ed ausiliario, di natura istruttoria, senza che entrino in giuoco regole proprie delle pubbliche gare, trovando applicazione, piuttosto, come si è avuto modo di precisare, le regole di carattere generale fissate dalla legge sul procedimento amministrativo, sia in ciò che riguarda i compiti di coordinamento assegnati al responsabile del procedimento, sia per ciò che concerne l'introduzione, nel procedimento medesimo, degli interessi coinvolti (specificamente, quelli delle Aziende costitutive della struttura associativa), in necessaria ed imprescindibile osmosi e senza che il momento valutativo possa ritenersi in qualche modo condizionato da un preventivo subprocedimento, non previsto dalla

fonte primaria o dal relativo regolamento, né, nella specie (in senso autolimitativo) dalla struttura deputata a gestire l'operazione.

4. Le considerazioni che precedono devono fare concludere nel senso che una volta accertata la *“non coerenza del piano finanziario del progetto dallo stesso presentato con le indicazioni delle Linee Guida, per quanto riguarda la tipologia e la consistenza dei servizi che dovrebbero essere acquisiti da ciascuna delle ASL interessate, essendo riferito ad una offerta complessiva di servizi secondo un’ottica di Global Servic e presuppone una pervasiva modifica degli attuali assetti gestionali ed organizzativi, che non risponde alle esigenze ed alle possibilità di riorganizzazione del lavoro e dei servizi da parte delle quattro Aziende sanitarie”*, il SIOR doveva dichiarare la proposta non ammissibile, non potendola sottoporre ad alcuna valutazione sul pubblico interesse alla sua realizzazione.

In tal senso la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi con la decisione n. 3916 del 2002, nella quale è stato precisato che il piano economico finanziario costituisce l'elemento centrale della proposta (come del resto emerge dall'art. 37 bis, che ne esige l'asseveramento da parte di un istituto di credito), in quanto dalle sue previsioni dipende la validità dell'iniziativa (le *«amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo»* fra l'altro *«del valore economico e finanziario del piano»*) e la redditività dell'investimento.

La proposta del promotore non può quindi essere valutata indipendentemente dal piano economico finanziario e se questo risulta incongruo, la proposta non può che essere valutata inidonea allo scopo (in termini, la citata decisione della Sezione, n. 3916/2002; nello stesso senso la più recente decisione della Sezione n. 1802 del 19 aprile 2005).

5. Nel caso in esame, gli scostamenti del piano economico finanziario delle linee guida pubblicate dal SIOR sono, in punto di fatto, confermati dal complesso della documentazione in atti e non smentiti, sostanzialmente, neppure dal Consorzio Toscana Salute.

Invero:

a) la deliberazione n. 31 del 12 febbraio 2003 con la quale sono stati fissati gli indirizzi, alle Aziende sanitarie, per l'attuazione del programma pluriennale di interventi sanitari strategici, relativi, fra l'altro, alla realizzazione dei nuovi ospedali nei Comuni di Massa Carrara, Lucca Pistoia e Prato – è puntuale nello stabilire che la partecipazione privata al finanziamento delle opere da realizzare con il sistema della finanza di progetto (nell'indicato limite massimo del 25%) dovesse trovare attuazione esclusivamente mediante l'espletamento, da parte del privato, di ben individuati servizi da rendere presso le strutture ospedaliere da realizzare e precisamente (all. B): *“servizi di natura alberghiera e di supporto (quali ristorazione compreso mensa, tavola calda e ristorante per visitatori; bar – caffetteria; lavaggio e manutenzione biancheria; magazzini; impiantistica; centrali tecnologiche; locali per pulizia generali; ambienti per centri direzionali e/o amministrativo gestionali) nonché di quelli sociali e commerciali (quali sportelli bancari; sportello postale; asilo nido; strutture didattiche per la formazione; negozi vari; market o super market; parrucchieri uomo-donna; edicola e libreria)”*.

b) tale indicazione è stata recepita nelle “Linee guida” per la progettazione dei quattro ospedali, che a loro volta, in puntuale aderenza alle indirizzi regionali, hanno così specificato le tipologie dei servizi che potevano essere offerti dal promotore ai fini della remunerazione dei relativi investimenti:

- servizi gestiti o acquistati: pulizie, lavanderia, smaltimento rifiuti speciali, servizio mensa per personale, servizio cucina per degenti, servizio sterilizzazione, utenze, servizi generali;

- servizi concedibili eventualmente in appalto sulla base della proposta del promotore: manutenzione immobili, manutenzione impianti fissi, manutenzione apparecchiature sanitarie; guardiania e manutenzione verde, climatizzazione, strutture per la libera professione intramoenia;

- servizi commerciali o di utilità gestiti da terzi: foresteria; parcheggio pubblico, ristorazione visitatori; bar caffetteria, sportello bancario, ufficio postale, palestra, asilo nido, negozi, market, edicola e libreria, parrucchiere, altro”.

L'elencazione che precede non può essere interpretata nel senso di includere l'acquisto e la gestione di attrezzature di immediato impatto sanitario.

Vi si oppone, infatti, il significato letterale e logico-finalistico del limite fissato dalla Regione alla praticabilità della finanza di progetto con la deliberazione regionale n. 31 del 2003, che aveva individuato i servizi che potevano riguardare l'iniziativa sul presupposto della esistenza ed operatività del sistema di acquisti delle AUSL mediante i Consorzi di Area Vasta, costituiti con deliberazione del Consiglio regionale 25 settembre 2002 n. 144, in attuazione di una precisa indicazione del Piano sanitario nazionale, con la precisazione che *“dal primo gennaio 2003, data di entrata in funzione dei consorzi, le procedure di acquisto ad essi delegate sono svolte dagli stessi in via esclusiva”*.

Niente di diverso è dato desumere dalle linee guida che riproducono sostanzialmente le indicazioni regionali.

L'inclusione, nella proposta, di acquisti e gestioni afferenti ad attrezzature sanitarie non è dunque meramente “aggiuntiva” rispetto alle esemplificazioni contenute nelle linee guida, ma introduce elementi estranei alla finanza di progetto, in contrasto sia con le indicazioni di programma, sia con le linee guida non modificabili per effetto di meri “chiarimenti” resi dal Responsabile Unico del Procedimento o dalle stesse ASL, interpellate dall'interessato, quale che sia il senso che a detti chiarimenti si possa annettere.

In ogni caso, all'uno e alle altre, in punto di fatto, non è addebitabile un comportamento tale da indurre in errore il proponente.

Obiettivamente, la natura esemplificativa delle indicazioni contenute nelle linee guida (che deve essere condivisa) non autorizza a ritenere inclusi in ciascuna tipologia oggetti ad esse non riconducibili analogicamente.

Ugualmente, l'avvertenza che, nella formulazione della proposta di servizi aggiuntivi doveva tenersi conto “delle prospettive di sviluppo dei rispettivi Consorzi di Vasta Area” e che a

tale fine il proponente doveva attenersi agli statuti dei suddetti consorzi, evidenzia che, sia le AUSL sia il Responsabile del procedimento hanno inteso orientare il CTS nel senso che la proposta, pur potendo comprendere prestazioni aggiuntive rispetto a quelle espressamente indicate, doveva essere calibrata in modo tale da essere rispettosa dell'ambito di operatività dei Consorzi di Area Vasta.

Detto questo, non è giuridicamente sostenibile che il piano economico finanziario proposto potesse essere modificato mediante lo scorporo della parte relativa alla fornitura e gestione delle attrezzature sanitarie; lo scorporo avrebbe infatti indubbiamente comportato una modificazione sostanziale della proposta, stravolgendone l'equilibrio economico-finanziario e richiedendo, in ogni caso, l'assoggettamento del piano ad una nuova asseverazione bancaria.

5. Ne consegue che la valutazione negativa espressa dal SIOR sulla proposta CTS, nei termini negativi sopra specificati, non sindacabile per i profili tecnico discrezionali relativi alla insostenibilità finanziaria, in relazione alla sua incompatibilità con i bilanci aziendali, e non illogica o altrimenti viziata da eccesso di potere per quanto concerne la mancanza di coerenza con le indicazioni contenute nelle linee guida, e la sua incompatibilità con gli assetti organizzativi ed aziendali delle ASL coinvolte dall'intervento, deve ritenersi, sostanzialmente legittima.

Sotto differente profilo, l'anzidetta valutazione è anche preclusiva, a norma dell'art. 37 ter, del passaggio alla fase ulteriore, della valutazione del pubblico interesse della proposta e della comparazione con la proposta del raggruppamento capeggiato dalla Astaldi, per le considerazioni sopra espresse.

6. Ne consegue che la sentenza appellata è viziata nella parte in cui - sul convincimento che la verifica dell'assenza di elementi ostativi non fosse pregiudiziale alla valutazione della rispondenza della proposta medesima all'interesse pubblico - ha ommesso di prendere in esame il primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla Astaldi avverso gli atti della procedura.

Con tale motivo, l'attuale appellante incidentale aveva denunciato l'illegittimità delle determinazioni SIOR per non avere questi dichiarato inammissibile la proposta del Consorzio Toscana Salute, prima ancora di passare alla valutazione del pubblico interesse della proposta.

Il motivo è riproposto dalla Astaldi con il primo motivo di appello (ric. n. 10961/2004) al punto 1.1.) con cui è sottoposto a censura, unitamente all'omesso esame del mezzo, anche la trasposizione della censura (insieme alla eccezione di inammissibilità del ricorso principale del CTS per l'irrealizzabilità della proposta, sollevata anche dal resistente SIOR) a valle dell'esame dei vizi procedurali denunciati dal CTS, come se l'errata formulazione della proposta da parte del CTS fosse correlata a tali vizi e non la inficiasse, invece, originariamente, nei suoi elementi essenziali.

Il motivo è fondato e deve essere accolto.

La convergenza di interessi di una pluralità di parti nel medesimo giudizio suggerisce, per motivi di economia processuale di prendere in esame il motivo contenuto nel primo motivo dell'appello principale dell'Astaldi, congiuntamente al II motivo del medesimo atto (sulla erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto le eccezioni pregiudiziali avverso il ricorso del CTS), ed alle analoghe censure proposte dal SIOR e, in linea generale, da tutti gli altri cointeressati nei rispettivi atti, ivi comprese le AUSL, che hanno proposto il separato ricorso n. 15/2005.

Deve essere infatti ribadito che la norma contenuta nell'art. 37 *ter*, nella parte in cui prescrive che *“Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano*

l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione” individua una fase del procedimento di scelta del promotore avente natura pregiudiziale e preclusiva, nel caso di esito negativo della valutazione, del passaggio ad una fase ulteriore e successiva.

Lo sbarramento è insito nella formulazione letterale della proposizione ed è d'altra parte coerente con la logica procedimentale dell'istituto.

Lo stesso giudice di primo grado ha del resto mostrato di ritenere - esaminando e respingendo i motivi aggiunti proposti dal Consorzio per contestare la mancata esclusione della proposta del SIOR dalla valutazione per incompletezza della documentazione allegata alla proposta (punto 9 della sentenza appellata) - che l'accertamento della completezza della documentazione relativa al possesso dei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali dovesse essere compiuto dal SIOR con carattere di pregiudizialità, nonostante la mancanza di una norma che espressamente contempra l'esclusione del proponente privo dei requisiti prescritti dal comma 2 dell'art. 37 *bis*.

Tale implicito convincimento (fondamentalmente corretto) è tuttavia contraddittorio, rispetto al complesso delle considerazioni che hanno indotto lo stesso giudice a ritenere che la valutazione negativa della fattibilità della proposta sotto il profilo del valore del piano economico finanziario non precludesse il passaggio alla fase ulteriore della valutazione.

Tanto l'accertamento relativo alla documentazione sui requisiti, quanto le valutazioni e le verifiche in ordine alla praticabilità dell'intervento proposto ineriscono ad una fase procedimentale che, necessariamente, deve riguardare, singolarmente, ciascuna proposta e precludono, in caso di esito negativo, il passaggio alla fase ulteriore della valutazione del pubblico interesse alla sua realizzazione.

E' dunque evidente, da un lato, che il SIOR avrebbe dovuto escludere dalla valutazione la proposta del CTS, una volta espressosi negativamente sul piano economico finanziario e che, d'altra parte, l'anzidetta valutazione negativa - ove avesse superato (come risulta, in definitiva

superato, in questa sede) il proposto controllo giurisdizionale di legittimità – fa venire meno l'interesse del Consorzio a sindacare profili e fasi del procedimento inerenti alla valutazione di rispondenza della proposta al pubblico interesse e di comparazione con la proposta della associazione temporanea controinteressata.

6. Le considerazioni che precedono hanno natura assorbente e travolgono interamente la sentenza appellata.

Non ha infatti rilievo, nel presente giudizio, l'obiezione relativa alla mutata localizzazione di uno degli ospedali da realizzare. Si tratta di un aspetto al più riconducibile nell'ambito della previsione dell'art. 37 quater della L. n. 109 del 1994 ed alla possibilità, per il committente, di introdurre modificazioni al progetto del proponente.

Quanto all'impugnazione incidentale, da parte del CTS, del capo di sentenza che dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto dallo stesso CTS in primo grado, come contromisura nei confronti dell'appello incidentale della Astaldi, non possono che essere confermate le conclusioni cui è pervenuto il giudice di primo grado in ordine alla impraticabilità del mezzo, del resto neppure contestata dallo stesso appellante incidentale che pretende di dedurre in questa sede una "exceptio doli generalis" il cui contenuto non sarebbe stato correttamente percepito dal giudice di primo grado.

L'argomento generico ed incomprensibile, in assenza di alcuna precisazione, in ordine alle ragioni per le quali il motivo dedotto in primo grado con l'appello incidentale avrebbe dovuto paralizzare il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Astaldi, non può essere preso in considerazione.

Esso, fra l'altro, appare volto ad introdurre surrettiziamente in appello, elementi di giudizio sviluppati soltanto nei successivi scritti difensivi ed estranei al contenuto dell'inammissibile ricorso incidentale proposto in primo grado.

Infine, improcedibili inammissibili e comunque infondati sono i rilievi contenuti nel secondo motivo del ricorso incidentale del Consorzio in ordine alla pretesa violazione dell'art. 112 del Codice di procedura civile nonché del principio della segretezza delle offerte e della par condicio dei concorrenti, per la parte della motivazione della sentenza che si esprime nel senso che il SIOR dovrà provvedere alla rinnovazione dell'esame delle due proposte, *“ferma restando la loro immodificabilità rispetto alla formulazione definitiva”* alla data del 30 giugno 2003.

Si tratta di un capo della motivazione, non incluso nel dispositivo, destinato ad essere travolto dall'accoglimento, per i profili sopra considerati, degli appelli principali e di quelli incidentali di del SIOR e della Regione Toscana.

A parte tale considerazione, il giudice con la proposizione in parola non ha fatto altro che specificare i limiti in cui il ricorso principale dell'interessato doveva intendersi accolto e, dunque il punto da cui doveva essere ripreso l'esame delle proposte. E' inammissibile l'impugnazione di tale proposizione, isolatamente dalla impugnazione del resto della pronuncia e delle argomentazioni che la sorreggono.

Le censure, d'altra parte, sono anche infondate, in quanto volte a sostenere l'applicabilità, alla procedura in parola, di regole procedimentali delle gare ad evidenza pubblica che, come si è avuto modo di precisare, sono inapplicabili al caso in esame.

7. In conclusione, la Sezione, sulla base del complesso delle considerazioni che precedono, assorbite tutte le questioni non trattate, accoglie, secondo quanto sopra specificato, gli appelli principali e gli appelli incidentali della Regione e del Sistema Integrato Ospedali Regionali (S.I.O.R); respinge l'appello incidentale del CTS; conseguentemente, in riforma della sentenza appellata e in accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado da Astaldi s.p.a. in proprio e nella qualità, dichiara inammissibile il ricorso principale proposto in primo grado dal Consorzio Toscana Salute.

Le spese dei due gradi del giudizio, che si liquidano in dispositivo, devono essere poste a carico del Consorzio Toscana Salute ed in favore delle appellanti principali e degli appellanti incidentali SIOR e Regione Toscana. A tale riguardo il dispositivo pubblicato deve essere integrato, nell'ultimo periodo, con l'espressione "*nonché dei cointeressati appellanti incidentali*" da inserire, al secondo rigo, fra le parole "*appellanti principali*" e le parole "*delle spese*", trattandosi di omissione dovuta a mero errore materiale di redazione.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli principali in epigrafe, li accoglie, secondo motivazione, unitamente agli appelli incidentali della Regione e del Sistema Integrato Ospedali Regionali (S.I.O.R), e, in riforma della sentenza appellata, in accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado da Astaldi s.p.a. in proprio e nella qualità, dichiara inammissibile il ricorso del Consorzio Toscana Salute;

Respinge l'appello incidentale del suddetto Consorzio e lo condanna al pagamento, in favore degli attuali appellanti principali nonché dei cointeressati appellanti incidentali, delle spese dei due gradi del giudizio che si liquidano in complessivi €20.000,00 da ripartirsi fra le due parti appellanti principali nonché della Regione e del S.I.O.R. in ragione di €5.000,00 per ciascuno, oltre IVA e C.P.A..

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

Così deciso in Roma, addì 10 maggio 2005, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Agostino ELEFANTE	PRESIDENTE
Giuseppe FARINA	CONSIGLIERE
Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI Est.	CONSIGLIERE
Cesare LAMBERTI	CONSIGLIERE
Michele CORRADINO	CONSIGLIERE

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Chiarenza Millemaggi Cogliani

F.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 novembre 2005

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

p. IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi