



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1908 del 2008, proposto da: CMR - Cooperativa Muratori Riuniti Soc. coop. a r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale impresa mandataria del Consorzio Veneto Cooperativo \_ COVECO, rappresentato e difeso dall'Avv. Amerigo Penta e dall'Avv. Giorgio Orsoni,, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Santa Croce, 205;

***contro***

Comune di San Michele al Tagliamento - (Ve), in persona del Sindaco *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Sandra Bortoluzzi, dall'Avv. Francesco Mazzoleni e dall'Avv. Antonio Forza, , con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, San Marco, 4600;

***per l'annullamento***

della deliberazione della Giunta Comunale di Jesolo n. 190 dd. 1 luglio 2008, recante la dichiarazione di "*non pubblico interesse*" della proposta presentata dal costituendo raggruppamento temporaneo di imprese CMR – Cooperativa Muratori Riuniti, mandataria, e COVECO - Consorzio Veneto Cooperativo nella procedura

ad evidenza pubblica di *project financing* indetta dal Comune di San Michele al Tagliamento e avente ad oggetto la riqualificazione dell'area di Piazzale Zenith mediante la realizzazione della nuova piazza, di un parcheggio interrato e del *Kursaal*; nonché di ogni atto presupposto e conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Michele al Tagliamento - (Ve);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1. La ricorrente, CMR - Cooperativa Muratori Riuniti Soc. coop. a r.l., espone che il Comune di San Michele al Tagliamento (Venezia) ha inserito nel piano triennale delle opere pubbliche 2006-2008, approvato con deliberazione consiliare n. 16 dd. 24 gennaio 2006, anche la riqualificazione di Piazzale Zenith nella località balneare di Bibione, prevedendo al riguardo un procedimento di affido mediante *project financing*.

Dopo aver promosso un primo procedimento in tal senso, peraltro non conclusosi in quanto il relativo avviso era andato deserto, l'Amministrazione Comunale ha dato incarico all'Ing. Giorgio Aristide Maso di redigere uno studio di fattibilità in modo di inserire la realizzazione delle relative opere nel successivo programma triennale 2007-2009, "*indagando eventualmente anche su più di una strutturazione*", al fine di fornire "*informazioni significative che permettessero una decisione fondata e motivata, sia all'Amministrazione Comunale, sia ai promotori che intendessero presentare la relativa proposta*"

(cfr. la determina n. 1051 – Reg. Gen. 30/11/06 dd. 10 novembre 2006 a firma del Dirigente preposto al Servizio Lavori Pubblici e Manutenzioni del Comune di San Michele al Tagliamento, doc. 2 di parte ricorrente).

L'Amministrazione Comunale ha, quindi, acquisito in data 5 febbraio 2007 lo studio dell'Ing. Maso, contemplante la realizzazione della nuova piazza, di un parcheggio interrato e di un centro servizi o *Kursaal* (cfr. *ibidem*, doc. 3).

In tale studio si evidenzia - tra l'altro - l'opportunità *“che la volumetria disponibile debba, per necessità di sostenibilità finanziaria, essere ripartita fra destinazione pubblica e privata. Una destinazione: pubblica genererebbe verosimilmente tariffe così elevate da non poter essere sostenute dalla Pubblica Amministrazione; privata snaturerebbe il principio della procedura andando incontro a criticità normative difficilmente superabili e incontrerebbe notevoli ostacoli urbanistici”*.

Nel medesimo studio si individuano, quindi – previa verifica della cantierabilità delle opere, ossia delle condizioni di copertura dell'investimento e di conformità alla disciplina urbanistica vigente – due ipotesi di sostenibilità finanziaria, tra di loro diverse per quanto segnatamente atteneva alla destinazione urbanistica dei 10.500 mc. destinati alla realizzazione del *Kursaal*; e ciò in quanto: *“nell'ipotesi A il volume destinato alla realizzazione di un Kursaal è immaginato: per circa il 65% a commerciale e residenziale da cedere a privati a prezzo di libero mercato; per il restante 36% alla realizzazione di una destinazione commerciale genericamente indicata a ristorante ed a spazi pubblici (per esempio ad una sala conferenze) e con l'interrato dedicato ai rispettivi parcheggi di pertinenza. Nell'ipotesi B, invece, il volume per la realizzazione del Kursaal è pensato: per circa il 50% a commerciale e direzionale da cedere a privati a prezzo di libero mercato; per circa il 50% alla realizzazione esclusiva di spazi ad uso pubblico (per esempio a sala conferenze ...)”* (cfr. studio cit., § 6.4.5.).

In entrambi i casi lo studio contemplava a carico dell'Amministrazione Comunale un contributo di € 1.500.000,00.- al collaudo, nel mentre per l'ipotesi A era chiesto

– altresì – un canone annuo all'Amministrazione medesima di € 30.000,00.- , e per l'ipotesi B di € 370.000,00.-

Va anche evidenziato che, segnatamente a pag. 109, lo studio di fattibilità rimarca che, *“comunque, in entrambi i casi si dovrà ricorrere a varianti, più o meno rilevanti, degli strumenti urbanistici. Ciò perché tra le previsioni attuali del piano, pensato in un momento programmatorio assai lontano da questo ... non si intravedono esserci tutte le condizioni ... capaci di agevolare l'inserimento nell'area di tutte le funzioni e le destinazioni che rendono attuabile il programma”*.

Con deliberazione della Giunta Comunale n. 93 dd. 23 aprile 2007 è stato approvato il testè citato studio di fattibilità, disponendo – altresì – che nel bando di finanza di progetto fosse contemplato quale *“titolo di preferenza ... quanto, previsto nell'ipotesi B ... in quanto ritenuta più consona allo sviluppo dell'area ipotizzato dall'Amministrazione Comunale”* (cfr. *ibidem*, doc. 4), nel mentre con deliberazione consiliare n. 28 dd. 30 aprile 2007 è stata approvata la Variante al Piano triennale delle opere pubbliche 2007 – 2009 inserendo l'intervento di riqualificazione di Piazzale Zenith.

CMR riferisce, quindi, che in data 7 maggio 2007 è stato pubblicato l'avviso di *project financing*, nel quale veniva dato atto della redazione, da parte dell'Amministrazione Comunale, di uno *“specifico studio di fattibilità”* ma non veniva indicato alcun titolo di preferenza tra le due anzidette ipotesi A e B, né veniva richiamata al riguardo la predetta deliberazione giuntale n. 93 dd. 23 aprile 2007 (cfr. *ibidem*, doc. 6).

Nell'avviso medesimo si prevede – altresì – che *“ai fini dell'individuazione della migliore proposta, ovvero della dichiarazione di pubblico interesse della proposta pervenuta, il Comune di san Michele al Tagliamento, avvalendosi di apposita commissione che sarà nominata successivamente alla scadenza del termine”* per la presentazione delle proposte *“procederà, previo esame comparativo in caso di pluralità di proposte, alla valutazione”* delle stesse

*“secondo quanto previsto dall’art. 154 del D.L.vo 163 del 2006 ed in applicazione dei seguenti profili valutativi generali di seguito indicati:*

*Qualità tecnica, architettonica, di inserimento ambientale ed urbanistica: peso ponderale 30*

*Prezzo richiesto dall’ente concedente: peso ponderale 10;*

*Termine di esecuzione dei lavori: peso ponderale 5;*

*Rispondenza e adeguatezza al pubblico interesse delle destinazioni d’uso previste nell’immobile*

*Kursaal: peso ponderale 20;*

*Valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione: peso ponderale 20;*

*Durata della concessione: peso ponderale 5;*

*Regime delle tariffe del parcheggio e modalità di aggiornamento gestione e manutenzione delle aree destinate alla pubblica fruizione: peso ponderale 10;*

*Sommano: 100.*

*La Commissione stabilirà – prima dell’apertura dei plichi recanti le proposte – le modalità operative e metodologiche delle attività valutative; qualora necessario potrà indire audizioni con i soggetti proponenti per comprendere meglio alcuni punti delle proposte ed eventualmente richiedere specificazioni ed integrazioni. ... Qualora a seguito della gara mediante procedura ristretta non pervenissero altre proposte il Comune si riserva, prima dell’affidamento della concessione, di intrattenere con il soggetto promotore una procedura negoziata volta a migliorare comunque alcuni aspetti della proposta”.*

Entro la data di scadenza, 30 giugno 2007, è pervenuta una sola proposta da parte del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese CMR - Cooperativa Muratori Riuniti Soc. coop. a r.l – COVECO – Consorzio Veneto Cooperativo.

La ricorrente precisa che la relativa proposta si configura come intermedia rispetto alle due predette ipotesi A e B, in quanto prevede che *“la ripartizione tra spazi destinati a fruizione pubblica e quelli destinati alla fruizione privata è, rispettivamente, pari al 42% rispetto alla percentuale del volume di spazi pubblici da cedere a privati del 58%”.*

La medesima proposta mantiene fermo il finanziamento dell'Amministrazione Comunale pari ad € 1.450.000,00.- e fissa, sempre a carico della medesima Amministrazione, un canone annuo di gestione pari ad € 190.000,00.-

Con determinazione n. 276 dd. 19 luglio 2007 a firma del Dirigente preposto al Servizio Lavori Pubblici e Manutenzioni è stata nominata la Commissione *“per la valutazione del pubblico interesse che si intende perseguire con la realizzazione”* del progetto *“nonché per la verifica della completezza della documentazione presentata non solo dal punto di vista legale, ma anche di tutti gli elementi che saranno posti alla base della valutazione per la sua messa in gara”* (cfr. *ibidem*, doc. 7).

In data 19 luglio 2007 la Commissione si è riunita per la prima volta, statuendo che *“per la rilevazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse si applicherà il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”* sulla base degli elementi stabiliti dall’avviso pubblico; la medesima Commissione ha poi articolato gli elementi medesimi in ulteriori sub-elementi di valutazione, decidendo di *“attribuire da parte di ciascun componente della Commissione un coefficiente da 0 a 1 (e) procedendo quindi a calcolare la media e determinando sulla media il coefficiente da attribuire a ciascun elemento e sub elemento di valutazione”*; la Commissione ha pure indicato la formula in base alla quale sarebbe stata determinata l’offerta economicamente più vantaggiosa, in applicazione dell’allegato B al D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 e ha, da ultimo,. Riscontrato la regolarità formale della documentazione prodotta a corredo dell’unica domanda pervenuta(cfr. *ibidem*, doc. 8).

Nelle successive sedute del 24 luglio 2007, m 4 settembre 2007 e 24 settembre 2007 la Commissione ha a approfonditamente esaminato l’unico progetto pervenuto, chiedendo e ottenendo in particolare delucidazioni in ordine allo sviluppo del corpo di fabbrica previsto sul fronte del Corso del Sole, *“tenuto conto dei possibili riflessi che ne potrebbero scaturire nei riguardi degli operatori economici che hanno colà le proprie*

*attività*”, nonché in ordine alla destinazione residenziale prevista per gli edifici da realizzare ai lati del parcheggio (cfr. *ibidem*, doc.ti 9, 10 e 11).

In data 15 ottobre 2007 la Commissione si è nuovamente riunita, e nel relativo processo verbale si legge – tra l’altro, e per quanto qui segnatamente interessa – che la Commissione medesima *“dopo aver analizzato, verificato e approfondito in ogni suo aspetto la proposta avanzata per la riqualificazione dell’area di Piazzale Zenith attraverso la realizzazione della nuova piazza, di un parcheggio interrato e del Kursaal sulla scorta della documentazione in atti presentata dall’aspirante promotore CMR e COVECO con esplicito riferimento: a) alla conformità rispetto alle indicazioni contenute nell’avviso indicativo; b) alla regolarità formale e sostanziale degli elaborati costituenti la proposta; c) al contenuto degli elaborati stessi; d) alle precisazioni ed integrazioni derivanti dal cospicuo contraddittorio intessuto con il proponente ed agli esiti dei vari incontri illustrativi e di approfondimento svoltisi; prende atto che in base alle disposizioni contenute nell’avviso indicativo del procedimento, al fine della valutazione della proposta sotto il profilo del pubblico interesse va applicato il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base degli elementi di valutazione e dei pesi e sub-pesi esposti nel primo verbale”*.

La Commissione ha quindi espresso per ciascuno degli elementi e sub-elementi un giudizio numerico, accompagnato anche da una sintetica motivazione, positiva per tutti.

Per quanto in particolare attiene al sub-elemento della qualità urbana e con specifico riferimento alla nuova piazza *Kursaal*, la Commissione medesima ha rilevato che *“la cubatura proposta, pari a 12.274 mc., è maggiore di quella prevista dai vigenti strumenti urbanistici che risulta essere pari a 10.500 mc. Anche le destinazioni d’uso commerciale, direzionale e residenziale risultano difformi in quanto l’attuale destinazione urbanistica della volumetria consentita è a servizi. Pertanto, come previsto dallo Studio di Fattibilità approvato dall’Amministrazione, la realizzazione dell’opera, così come proposta, sarà*

*possibile solo dopo l'approvazione di apposita variante urbanistica sancita dalla prevista Conferenza di Servizi".*

Con riguardo all'elemento *"Rispondenza e adeguatezza al pubblico interesse delle destinazioni d'uso previste nell'immobile Kursaal"*, la Commissione ha attribuito il coefficiente di 0,85, rilevando che *le destinazioni d'uso* di tale immobile *"sono adeguate al pubblico interesse ed inoltre le soluzioni progettuali proposte garantiscono un utilizzo particolarmente flessibile dell'immobile"* medesimo.

La proposta dell'attuale ricorrente è stata, quindi, complessivamente valutata con un positivo punteggio, pari a 63,917 (cfr. *ibidem*, doc. 12).

In data 3 dicembre 2007 la Commissione ha trasmesso al Sindaco la propria relazione conclusiva, evidenziando in chiusura quanto segue: *"La proposta redatta e prodotta dall'aspirante promotore risulta articolata in modo appropriato, rispondente alle vigenti previsioni legislative e conforme alle ragioni di pubblico interesse che hanno indotto il Comune all'adozione del modello della finanza di progetto per la realizzazione dell'iniziativa nonché corrispondente, tranne il profilo urbanistico, alle previsioni contenute nello Studio di Fattibilità posto a base dell'avviso indicativo. Nonostante i problemi connessi all'impatto dell'edificio da realizzare posto ad ovest del Piazzale l'intervento edile presenta caratteri di rispetto al contesto e di valorizzazione dei luoghi e delle specifiche destinazioni. La proposta infatti consegue l'obiettivo di riqualificare un'area che rappresenta una parte significativa (del) water-front cittadino, mediante un'opera di trasformazione urbana che sembra ben integrarsi nel tessuto attuale. La realizzazione delle opere previste eleverà la fruizione del sito e la sua percezione collettiva, contribuendo a dare ordine allo spazio e disciplinando la viabilità e la sosta nel sito nonché dotando la comunità di spazi pubblici destinati a manifestazioni di richiamo in linea con la vocazione turistica della città stessa. Va rimarcata peraltro la necessità di dar corso all'adeguamento degli strumenti urbanistici al fine di rendere compatibili le attuali previsioni con le stesse finalità indicate nell'avviso indicativo (e quindi consentire una fruizione anche privata dell'area)"* (cfr. *ibidem*, doc. 13).

Peraltro, con deliberazione n. 190 dd. 1 luglio 2008 la Giunta Comunale ha preso atto del corretto procedimento seguito dalla Commissione giudicatrice ma ha deliberato il non pubblico interesse della proposta avanzata da CMR – COVECO in quanto in essa *“si evincono i seguenti elementi ritenuti in contrasto con il pubblico interesse che l'Amministrazione Comunale intende perseguire: la destinazione d'uso residenziale (889,98 mq. su un totale di 2.308,36 mq.) non è conforme a quanto prioritariamente richiesto nello studio di fattibilità e nella deliberazione di Giunta Comunale che ha approvato lo stesso; la soluzione progettuale proposta, pur non prevedendo edifici di particolare invasività (3 piani fuori terra) è particolarmente impattante sul lato ovest della piazza in quanto, per chi provenga dalla centrale Corso del Sole, si ha una notevole riduzione della vista mare che, invece, rappresenta la effettiva caratteristica significativa e qualificante del sito, pur nella scarsa qualità urbana dell'esistente; la cubatura proposta, pari a 12.274 mc., è maggiore di quella attualmente prevista dai vigenti strumenti urbanistici, che risulta essere pari a 10.500 mc.”.*

1.2.1. Ciò posto, con il ricorso in epigrafe CMR chiede l'annullamento della testè riferita deliberazione n. 190 dd. 1 luglio 2008 adottata dalla Giunta Comunale di San Michele al Tagliamento, nonché di ogni altro atto presupposto e conseguente.

1.2.2. Con un primo ordine di censure la ricorrente deduce l'avvenuta violazione e falsa applicazione della *lex specialis* costituita dall'avviso indicativo di *project financing* e dello studio di fattibilità in esso richiamato e dei criteri di valutazione adottati e applicati dalla Commissione giudicatrice; violazione dell'art. 12 della L. 7 agosto 1990 n. 241 e dell'art. 128 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163; nonché violazione degli artt. 1563 e 154 del medesimo D.L.vo 163 del 2006 e falsa applicazione degli artt. 42, 48 e 107 del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267.

La ricorrente reputa violato l'avviso indicativo di *project financing*, muovendo dalla considerazione che in esso non risulterebbe indicato alcun titolo di preferenza con riferimento alle due ipotesi individuate nello studio di fattibilità, né - *a fortiori*-

sarebbe stata ivi indicata alcuna prescrizione a pena di esclusione con riferimento ad una delle due soluzioni anzidette.

La ricorrente reputa, pertanto, che con l'avviso indicativo l'Amministrazione Comunale si sarebbe discostata dalla deliberazione giuntale n. 93 del 2007, non indicando – per l'appunto – alcun titolo di preferenza, né – addirittura – citando la deliberazione medesima, in tal modo autovincolandosi nel senso che il promotore possa indifferentemente scegliere l'ipotesi A o l'ipotesi B: e, in conseguenza di ciò, l'Amministrazione Comunale non avrebbe potuto rilevare alcun contrasto della proposta presentata con il pubblico interesse in quanto non conforme all'ipotesi B, come viceversa avvenuto.

Sempre in tal senso, la ricorrente riferisce di aver saputo del contenuto della medesima deliberazione giuntale n. 93 del 2007 soltanto in sede di accesso alla documentazione della procedura prodromica all'emanazione dell'avviso indicativo di *project financing*, da essa richiesta ai fini della proposizione del ricorso in epigrafe.

CMR reputa – altresì – violato e falsamente applicato nella specie lo studio di fattibilità attuato con la programmazione delle opere pubbliche per il triennio 2007-2009, rilevando in tal senso che mediante la predetta deliberazione giuntale n. 93 del 2007 lo studio di fattibilità per la riqualificazione di Piazzale Zenith è stato inserito nella programmazione predetta, nonchè posto quale documento-base per la redazione del conseguente Documento preliminare di avvio alla progettazione, “*da fornire ai promotori che si candidassero per la presentazione della proposta in PF*” (cfr. deliberazione cit.): e ciò in conformità a quanto segnatamente disposto dall'art. 128, comma 2, prima parte, del D.L.vo 163 del 2006, ossia che “il programma triennale costituisce momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze e, quando

esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, in conformità agli obiettivi assunti come prioritari”.

La ricorrente, dopo aver ancora una volta rimarcato che lo studio di fattibilità prevedeva due ipotesi alternative per la riqualificazione di Piazzale Zenith, differenti tra loro nella parte relativa alla destinazione del volume del *Kursaal*, ma entrambe finanziariamente sostenibili e che l'Amministrazione Comunale approvando lo studio medesimo non aveva inteso porre al riguardo preferenze o preclusioni, evidenzia che a pag. 109 dello studio di fattibilità medesimo si legge in proposito che *“si suggerisce ... una disponibilità più elastica, volta comunque a favorire le scelte più aderenti alla richieste della P.A., ma aperta a discutere e a cercare condivisioni anche su ipotesi di proposte che si discostino dall'idea originale senza snaturarla o contraddirla: così consentendosi di valutare uno spettro più ampio di soluzioni provenienti da operatori stimolati a proporre interventi sostenibili sotto il profilo dell'investimento finanziario, brillanti sotto quello urbanistico e creativi ed evoluti sotto quello delle soluzioni funzionali”*.

La ricorrente ritiene, pertanto violato tale contenuto dello studio di fattibilità e, conseguentemente, anche l'art. 128 del D.L.vo 163 del 2006 laddove la Giunta Comunale, con la propria deliberazione n. 190 del 2008, ha affermato che *“la destinazione residenziale non è conforme a quanto prioritariamente richiesto nello studio di fattibilità”*, nonché laddove ha reputato quale ulteriore elemento in contrasto con il pubblico interesse la cubatura proposta in quanto non conforme con la strumentazione urbanistica vigente pur avendo lo studio di fattibilità medesimo prospettato la possibilità di provvedere mediante varianti alla strumentazione medesima.

CMR reputa violati e falsamente applicati i criteri di valutazione per la rilevazione della proposta di pubblico interesse adottati dalla Commissione giudicatrice in conformità dell'avviso indicativo di *project financing*, in quanto la Giunta Comunale si sarebbe pronunciata ignorando del tutto l'operato della Commissione medesima,

ed in particolare la circostanza di aver totalmente demandato proprio a tale organo la fase valutativa delle proposte presentate, ivi compresa la valutazione della rispondenza del progetto prescelto al pubblico interesse.

L'obliterazione di tale circostanza sostanzierebbe, quindi, ad avviso di CMR un'ulteriore violazione dell'art. 128 del D.L.vo 163 del 2006, nonché la violazione dell'art. 12 della L. 7 agosto 1990 n. 241 laddove impone l'osservanza dei criteri e delle modalità predeterminati al fine dell'emanazione di provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

La ricorrente ritiene pure violati gli artt. 153 e 154 del D.L.vo 163 del 2006, nonché gli artt. 42, 48 e 107 del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 in quanto la Commissione che ha valutato il proprio progetto si configurava quale vera e propria Commissione giudicatrice munita dei poteri di cui all'art. 84 del D.L.vo 163 del 2006, con la conseguenza che la sua scelta non poteva essere controvertita da parte della Giunta o del Consiglio Comunale, e nemmeno da parte dei Dirigenti del Comune.

1.2.3. Con un secondo ordine di censure la ricorrente deduce eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà; violazione dei principi di garanzia della qualità, economicità, efficacia e correttezza di cui all'art. 2 del D.L.vo 163 del 2006, dell'art. 1 della L. 241 del 1990 e dell'art. 97 Cost.; violazione dell'art. 3 della medesima L. 241 del 1990, carenza e contraddittorietà nella motivazione.

La ricorrente reputa l'impugnata deliberazione giuntale n. 190 del 2008 illogica e contraddittoria laddove, dopo aver dato atto della correttezza dell'operato della Commissione, non ne ha approvato la relazione conclusiva: e ciò senza indicare le ragioni in base alle quali riteneva che la Commissione medesima aveva derogato o comunque non applicato i criteri di valutazione individuati dalla legge ovvero dalla *lex specialis*, né le concrete ragioni per cui non ha ritenuto la proposta non rispondente al pubblico interesse.

CMR rileva, inoltre, che la Giunta Comunale avrebbe – al più – potuto intervenire mediante un provvedimento di revoca a' sensi dell'art. 21-quinquies della L. 241 del 1990, nella specie non adottato, ed evidenzia che l'Amministrazione Comunale, ricusando di chiedere modifiche o negoziazioni della propria proposta avrebbe violato sia l'art. 155 del D.L.vo 163 del 2006, sia la stessa *lex specialis* laddove dispone che – come visto innanzi al 1.1. della presente sentenza, *“qualora a seguito della gara mediante procedura ristretta non pervenissero altre proposte il Comune si riserva, prima dell'affidamento della concessione, di intrattenere con il soggetto promotore una procedura negoziata volta a migliorare comunque alcuni aspetti della proposta”*.

CMR contesta – altresì – la fondatezza dei tre assunti in forza dei quali la Giunta Comunale è pervenuta alla declaratoria di non pubblico interesse.

Per quanto attiene all'affermazione che *“la destinazione d'uso residenziale (889,98 mq. su un totale di 2.308,36 mq.) non è conforme a quanto prioritariamente richiesto nello studio di fattibilità e nella deliberazione di Giunta Comunale che ha approvato lo stesso”*, CMR ribadisce che lo studio di fattibilità, di per sé, non prevede alcun titolo di preferenza tra ipotesi A e B, che l'avviso indicativo non richiama la deliberazione giuntale dalla quale si evincerebbe tale preferenza e che – per contro – la Commissione giudicatrice ha valutato positivamente la soluzione proposta nel proprio progetto.

Per quanto concerne all'affermazione secondo cui *“la soluzione progettuale proposta, pur non prevedendo edifici di particolare invasività (3 piani fuori terra) è particolarmente impattante sul lato ovest della piazza in quanto, per chi provenga dalla centrale Corso del Sole, si ha una notevole riduzione della vista mare che, invece, rappresenta la effettiva caratteristica significativa e qualificante del sito, pur nella scarsa qualità urbana dell'esistente”*, CMR rileva che la Commissione ha valutato positivamente tale aspetto della proposta assegnando al sub-elemento della qualità urbana il coefficiente di 0,55, precisando per di più che *“la nuova Piazza Kursaal privilegerà percorsi lungo il mare lasciando che i*

*passaggi interni alla piazza si svolgano con possibilità di movimento in totale libertà, così da permettere alla piazza stessa di essere utilizzata per qualsiasi tipo di spettacolo all'aperto... (e) con possibilità di raggiungere facilmente tutti i collegamenti pedonali e ciclabili attualmente esistenti sulle dune artificiali”.*

Secondo la Commissione, pertanto, la soluzione progettuale della ricorrente risulterebbe indubbiamente migliorativa dell'esistente, e non già peggiorativa.

Per quanto attiene all'affermazione secondo cui *“la cubatura proposta, pari a 12.274 mc., è maggiore di quella attualmente prevista dai vigenti strumenti urbanistici, che risulta essere pari a 10.500 mc.”*, nulla precluderebbe – ad avviso di CMR – di approvare un progetto preliminare per il tramite di una conferenza di servizi a' sensi dell'art. 14-bis della L. 241 del 1990, come affermato anche dalla Commissione giudicatrice, e – quindi – un progetto definitivo da parte del Consiglio Comunale che si configurerebbe quale variante urbanistica ad ogni effetto, a' sensi dell'art. 98 del D.L.vo 163 del 2006.

La ricorrente, da ultimo, afferma che i principi enunciati dall'art. 1 della L. 241 del 1990 e dall'art. 97 Cost. sarebbero stati parimenti e ulteriormente violati in quanto, a dispetto del buon andamento dell'azione amministrativa, sarebbe stata ricusata la realizzazione di un progetto che, in via intermedia, equilibra in modo migliore rispetto alle due originarie previsioni A e B la distribuzione tra spazi pubblici e privati, mantenendo fermo il finanziamento di € 1.450.000,00.- a carico dell'Amministrazione Comunale e – soprattutto – a fronte di un canone annuo di gestione a carico dello stesso Comune di € 190.000,00.- a fronte di quello di € 370.000,00.- considerato nella soluzione che la Giunta Comunale nondimeno ha dichiarato di preferire con la deliberazione n. 190 del 2008 qui – per l'appunto – impugnata.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di San Michele al Tagliamento, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la loro reiezione.

3. Alla pubblica udienza del 29 aprile 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, il ricorso in epigrafe va respinto.

4.2. Innanzitutto, va evidenziato che risulta assodato che la deliberazione giuntale n. 93 del 2007 ha inequivocabilmente disposto che nell'avviso indicativo di *project financing* fosse data preferenza all'ipotesi B.

Tale deliberazione, a differenza di quanto affermato dalla ricorrente, risulta richiamata anche negli atti susseguenti del procedimento, ed in particolare nella deliberazione consiliare n. 28 dd. 30 aprile 2007, recante la variazione del programma triennale delle opere pubbliche 2007-2009 (cfr. doc. 4 di parte resistente), nonché nella determina dirigenziale n. 165 dd. 7 maggio 2007 di avvio della procedura di *project financing* con l'approvazione dell'avviso indicativo (cfr. *ibidem*, doc. 6) e nella determina dirigenziale n. 667 dd. 19 luglio 2007 recante la nomina della Commissione per la valutazione dei relativi progetti (cfr. *ibidem*, doc. 8).

Né va sottaciuto che nella quinta premessa della testè citata determina dirigenziale n. 165 del 2007 recante l'approvazione dell'avviso indicativo e pubblicata unitamente ad esso - quale unico atto - nell'albo pretorio comunale si afferma testualmente: *“ritenuto di disporre che nel Bando di Finanza di Progetto relativo alla riqualificazione dell'area di Piazzale Zenith attraverso la realizzazione della nuova piazza, di un parcheggio interrato, del Kursaal, venga dato titolo di preferenza a quanto previsto nell'ipotesi che prevede una destinazione urbanistica commerciale e direzionale oltre che alla realizzazione di spazi ad uso pubblico”* e che l'avviso indicativo medesimo recava, comunque, la citazione della deliberazione consiliare n. 28 del 2007 di variazione del piano triennale delle opere 2007-2009 e nella quale risulta citata – a sua volta – la deliberazione giuntale n. 97 del 2007.

Ma, anche a prescindere da tutto ciò, risulta altrettanto evidente che se nel primo criterio di valutazione del progetto, così come enunciato dallo stesso avviso indicativo, vanno considerate la “*qualità di inserimento ambientale ed urbanistica*” e nel terzo criterio la “*rispondenza e adeguatezza al pubblico interesse delle destinazioni d’uso previste nell’immobile Kursaal*” consegue per ineludibile logica che la Giunta Comunale, anche a prescindere dalla formale mancanza nel *corpus* dell’avviso indicativo di un diretto richiamo al predetto criterio B, ben poteva nella sua discrezionalità apprezzare – come in concreto è avvenuto – l’eccessività della destinazione d’uso residenziale (889,98 mq. su un totale di 2.308,36 mq.) rispetto alle esigenze pubbliche, oltre all’invasività degli edifici impattanti sul lato ovest della piazza con la conseguente riduzione della vista mare e il supero da parte della cubatura prevista dei limiti contemplati dalla vigente strumentazione urbanistica.

Né, soprattutto, va sottaciuto – in via del tutto assorbente – che nella specie la Giunta Comunale ha enunciato tre motivi per fondare il proprio concludente giudizio di non pubblico interesse: e, essendo quindi ravvisabile al riguardo una motivazione plurima, soltanto l’accertata illegittimità di tutti i singoli ed autonomi punti in cui essa risulta articolata potrebbe comportare illegittimità e il conseguente effetto demolitorio della deliberazione giuntale n. 190 del 2008 qui segnatamente impugnata (cfr., in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2882 e 8 giugno 2007 n. 3020 e 10 dicembre 2007 n. 6325; Sez. V, 29 maggio 2006 n. 3259, 29 agosto 2006 n. 5039 e 28 dicembre 2007 n. 6732).

Pertanto, anche ove si volesse affermare che il primo motivo enunciato dalla Giunta Comunale ai fini del giudizio di non pubblico interesse attinente all’eccessività della destinazione residenziale discende logicamente dalla prevalenza della soluzione B non enunciata *apertis verbis* dall’avviso indicativo e – quindi – da una circostanza pretesamente viziante, gli altri due assunti motivazionali enunciati dalla Giunta medesima risultano, nella loro incontestata autonomia,

intrinsecamente sufficienti per fondare la complessiva legittimità del provvedimento impugnato.

Né risulta fondata l'affermazione della ricorrente secondo la quale la Giunta Comunale avrebbe nella specie demandato alla Commissione ogni potere di valutazione in ordine al pubblico interesse dei progetti presentati a seguito della pubblicazione dell'avviso indicativo.

Premesso che a' sensi dell'art. 153 e ss. del D.L.vo 163 del 2006, così come anche nel testo vigente all'epoca dei fatti di causa, la procedura di *project financing* si articola in tre fasi, nella prima delle quali la Pubblica Amministrazione individua la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse, nella seconda procede con gara alla selezione dei soggetti con i quali trattare e nella terza espleta una procedura negoziata con il promotore e i soggetti prescelti, è ben noto che nella prima fase anzidetta l'esame delle proposte e la scelta del promotore non sono astrette da rigidi formalismi, ma è caratterizzato da ampia elasticità, con l'ovvio limite dell'osservanza dei principi generali contenuti nel *corpus* della L. 241 del 1990 e successive modifiche (cfr. al riguardo, ad es., T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 23 aprile 2008 n. 1552 e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 30 giugno 2004 n. 1358).

In tale contesto, quindi, lo stesso studio di fattibilità approvato con la deliberazione giuntale n. 93 del 2007 prevede al § 6.4.5. *“la costituzione di una Commissione consultiva (si suggerisce formata da non più che un economista, esperto di Piani Finanziari, un legale esperto di contratti con la Pubblica Amministrazione e il Responsabile Unico del Procedimento) che valuti le proposte e che fornisca alla Giunta gli elementi utili per la decisione”*.

In conseguenza di ciò, quindi, la tesi della ricorrente sull'esistenza, nella specie, di una delega *“in bianco”* da parte della Giunta Comunale a beneficio di una

Commissione giudicatrice in via esclusiva della rispondenza dei progetti al “*pubblico interesse*”, è smentita *per tabulas*.

La Giunta ha espresso con motivazione puntuale la propria pronuncia negativa in ordine al “*pubblico interesse*”, ponendosi in un risultato logico che è dunque – di per sé – difforme alle conclusioni raggiunte dal proprio organo consultivo.

A tale proposito va rimarcato che, anche di recente e proprio pochi giorni prima dell’odierna pubblica udienza, è stato autorevolmente ribadito che “la scelta del promotore per il *project financing*, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell’esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l’accoglimento della proposta formulata dall’aspirante promotore” (cfr. Cons. Stato, A.P., 15 aprile 2010 n. 1).

Tale pronuncia conferma, quindi, un indirizzo assolutamente unanime della giurisprudenza, la quale ha costantemente rimarcato e rimarca l’ “altissimo livello di discrezionalità da parte dell’Amministrazione aggiudicatrice la quale, dopo aver valutato le proposte presentate, provvede ad individuare quella che ritiene di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne di carattere economico e tecnico, sindacabili in sede giurisdizionale solo sotto il profilo della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e degli errori di fatto” (cfr. in tal senso la parimenti recente sentenza di T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 21 aprile 2010 n. 1111, nonché Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741, T.A.R. Puglia, Bari, 19 novembre 2009 n. 2774); e, in un caso simile alla presente fattispecie, nel quale era stata parimenti coinvolta nel procedimento di valutazione del pubblico interesse anche una Commissione esterna all’organo di

governo dell'Ente, è stato rimarcato puntualmente che proprio la duplice sottofase contemplata al riguardo dall'art. 153 e ss. del D.L.vo 163 del 2006 "consente di ripartire le attività di istruttoria e di verifica dell'ammissibilità della proposta, che rientrano nella sfera tecnico-discrezionale demandabile ad una Commissione giudicatrice all'uopo nominata, e quelle di valutazione della rispondenza della proposta medesima al pubblico interesse, che rientrano nella sfera puramente discrezionale, propria dell'organo di governo dell'Ente precedente. In tale articolazione procedimentale, la prima sottofase conduce alla valutazione di fattibilità della proposta, ma non ne implica, di per sé, ancora la sua suscettività di essere messa in gara, essendo la stessa soggetta all'ulteriore vaglio, puramente discrezionale, di rispondenza al pubblico interesse. Difatti, compito ultimo dell'Amministrazione è quello di valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare il pubblico interesse in funzione del quale il programma è stato concepito. Laddove una simile valutazione non può più essere espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, bensì costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura del pubblico interesse 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" (così T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 11 giugno 2009 n. 3206).

Deve dunque concludersi nel senso che il giudizio della Commissione e quello della Giunta Comunale non sono del tutto sovrapponibili e che, comunque, quello espresso dalla Giunta risulta *tout court* definitivo ed è sindacabile, come detto innanzi, esclusivamente nei limiti della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e degli errori di fatto, qui per certo non ravvisabili, stante l'intrinseca ragionevolezza dell'indirizzo politico-amministrativo enunciato dalla Giunta Comunale, e sinteticamente riassumibile nella volontà di non privilegiare

nell'ambito di Piazzale Zenith la realizzazione di ulteriori volumi residenziali, di non comprimere sul lato ovest del Piazzale medesimo la vista sul mare riconosciuta quale tratto tipico dell'area e di non incrementare comunque la volumetria realizzabile superando i limiti contemplati dal P.R.G. vigente.

Risulta altrettanto ovvio che tali indirizzi di fondo, proprio perché intrinsecamente logici e compiutamente esternati, non possono essere obliterati dalla difforme volontà di un soggetto privato, ancorché supportato da un parere di fattibilità della sua iniziativa espresso da un organo consultivo dell'Amministrazione pur con le necessarie precisazioni, soprattutto per quanto attiene alla riconosciuta necessità di mutare la strumentazione urbanistica vigente nell'ipotesi di condivisione del progetto.

Né, altrettanto ovviamente, la circostanza per cui la Giunta Comunale ha dato atto del corretto procedimento seguito dalla Commissione al fine di stilare le proprie conclusioni può sostanziare quella contraddittorietà che la ricorrente ha viceversa reputato di cogliere nel provvedimento impugnato.

Una cosa, infatti, è l'osservanza delle disposizioni procedurali, e un'altra è la condivisione – o meno – del contenuto di un giudizio espresso dall'organo consultivo, ancorché discendente da un procedimento amministrativo di per sé legittimo.

Né – ancora – sussiste nella specie una violazione dell'art. 128 del D.L.vo 163 del 2006, poiché la Giunta Comunale ha in ogni caso tenuto conto, nell'esternare la propria valutazione, del contenuto dello studio di fattibilità, in alcun modo smentendone il contenuto.

5. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti, confermando peraltro a carico della ricorrente il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione I<sup>^</sup>, definitivamente statuendo sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio, confermando a carico della parte ricorrente il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Signori

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2010

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

IL SEGRETARIO