

Publicato il 02/07/2024

N. 00104/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00135/2023 REG.RIC.



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 135 del 2023 proposto da Mak Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con le società Siram s.p.a., Dolomiti Energia Solutions s.r.l. e Intesa Sanpaolo s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianpiero Luongo e dall'avvocato Stefano Senatore, con domicilio legale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché con domicilio eletto in Trento, via Serafini n. 9, presso lo studio degli anzidetti avvocati;

contro

Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Fozzer e Martina Zini dell'Avvocatura della Provincia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché con domicilio eletto in Trento, piazza Dante n. 15 nella sede dell'Avvocatura medesima;

nei confronti

Comune di Cavalese, in persona del Sindaco in carica, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta provinciale di Trento n. 1559 del 25 agosto 2023, avente per oggetto “*Ospedale di Cavalese. Avvio del processo di localizzazione ai sensi dell'art. 31 c. 2 delle norme di attuazione del piano urbanistico provinciale approvato con legge provinciale 27 maggio 2008, n. 5*”, comunicata a mezzo p.e.c. dd. 31.08.2023 unitamente alla nota accompagnatoria prot. 655346 di pari data;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva della Provincia Autonoma di Trento;

Viste le ulteriori memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il consigliere Antonia Tassinari e uditi i difensori delle parti come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La vicenda di cui si controverte riguarda la nuova struttura ospedaliera delle valli di Fiemme, Fassa e Cembra prevista in sostituzione dell'esistente collocata nel Comune di Cavalese. In un primo momento la Giunta provinciale con la deliberazione n. 1666 del 28 settembre 2015 aveva indetto un concorso di progettazione per la demolizione e ricostruzione dell'ospedale e con la successiva delibera n. 430 del 29 marzo 2019 aveva nominato il vincitore approvando una proposta progettuale che prevedeva la realizzazione dell'intervento in più fasi al fine di non interrompere l'erogazione del servizio nella struttura ospedaliera

destinata ad essere sostituita. Il bando di gara prevedeva inoltre quale vincolo per la progettazione, che il nuovo ospedale fosse realizzato sulla medesima area ove attualmente insiste la struttura ospedaliera.

2. Rimasta priva di seguito la procedura anzidetta, la società Mak Costruzioni (in seguito Mak) ha presentato alla Provincia autonoma di Trento in data 17 marzo 2021 una proposta di partenariato pubblico privato, in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società SIRAM, Dolomiti Energia Solutions e Intesa Sanpaolo, avente ad oggetto la progettazione, la realizzazione, il finanziamento e la gestione per un periodo di diciotto anni di un nuovo ospedale di valle. La suddetta proposta, avanzata ai sensi dell'art. 28 della legge provinciale 9 marzo 2016 n. 2 e degli allora vigenti artt. 180, 183, comma 15 e 16 e 187 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, si riferisce ad una infrastruttura situata in località Masi di Cavalese, al confine catastale tra i Comuni di Cavalese e Tesero, su un'area prevalentemente di proprietà della Magnifica Comunità di Fiemme, ubicata tra la strada provinciale 240 ed il torrente Avisio e in parte di proprietà privata. L'intervento comprende anche la sistemazione dell'intera area dell'ospedale e, in particolare, la viabilità di accesso alla struttura. Con nota del 9 agosto 2021 il Nucleo di analisi e valutazione degli investimenti pubblici costituito presso la Provincia autonoma di Trento (di seguito Navip), che nel frattempo aveva preso in carico la proposta di partenariato per l'emissione del prescritto parere di fattibilità tecnico-economica, ha inviato una relazione alle società proponenti chiedendo alle stesse di presentare osservazioni ed eventuali documenti. I proponenti, a loro volta, con nota in data 8 ottobre 2021 hanno formulato le proprie controdeduzioni e con la nota del 22 febbraio 2022 hanno presentato una proposta aggiornata rispetto alle considerazioni del Navip. Quest'ultimo ha proseguito l'istruttoria e, sulla base della proposta finale del soggetto proponente presentata il 10 agosto 2022, nel verbale n. 11 in data 24 ottobre 2022 ha evidenziato gli elementi attestanti

la fattibilità tecnico economica dell'iniziativa, con valutazione di maggior convenienza della proposta di partenariato rispetto all'appalto. Lo sviluppo progettuale finale ha tenuto conto delle indicazioni provenienti dall'Azienda provinciale per i servizi sanitari (APSS), finalizzate all'adeguamento del progetto di fattibilità agli specifici bisogni sanitari di natura organizzativa e funzionale.

3. La Giunta provinciale con deliberazione n. 2173 del 28 novembre 2022 ha quindi disposto di: 1) *«fare proprie le conclusioni rassegnate dal Navip con il verbale n. 11 dd. 24/10/2022, acquisito al protocollo n. 761142 di data 7 novembre 2022, corredato della relazione istruttoria finale inerente la proposta di cui all'oggetto, acquisita al protocollo n. 761143 di pari data, con la quale si valuta positivamente la fattibilità tecnico-economica della proposta, ai sensi dell'art. 183 - comma 15, del D.Lgs. nr. 50/2016, sotto i profili della funzionalità, della sostenibilità economico-finanziaria, del contenuto dello schema di convenzione, della relazione sulle caratteristiche del servizio e della gestione, della durata della concessione e degli ulteriori elementi prescritti dal codice dei contratti pubblici»*; 2) *«individuare nella realizzazione di un nuovo ospedale, afferente ai territori delle Valli di Fiemme, Fassa e Cembra, la scelta più coerente nell'ottica di riorganizzazione in senso territoriale dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari»*; 3) *«dichiarare la fattibilità ed il pubblico interesse della proposta presentata e di approvare nello specifico il progetto di fattibilità tecnico-economica dell'opera proposta, nei contenuti riportati nella documentazione richiamata in premessa»*; 4) *«subordinare quanto deliberato al precedente punto 3) al positivo adeguamento urbanistico descritto negli atti istruttori richiamati, nel rispetto del PUP, PGUAP, di tutti gli ulteriori strumenti urbanistici previsti e previa positiva acquisizione delle aree interessate dalla costruzione dell'erigenda struttura»*.

4. Con nota prot. 160009 del 27 febbraio 2023 il Presidente della Giunta provinciale ha avviato l'iter finalizzato alla localizzazione dell'opera ai sensi dell'art. 31 delle norme di attuazione (NdA) del Piano urbanistico provinciale (PUP) approvato con legge provinciale 27 maggio 2008, n. 5 e dell'art. 32 comma 8 della legge provinciale 4 agosto 2015, n. 15. Con nota prot. 233371 del 24 marzo 2023 il Navip ha espressamente richiesto a Mak di *“rinnovare la garanzia provvisoria di cui all'art. 93 del d.lgs. 50/2016, al fine di mantenere inalterate le condizioni di validità della proposta stessa”*, precisando inoltre che *“la garanzia dovrà avere efficacia e durata fino alla data del 31 luglio 2023”*

5. Nel frattempo la deliberazione della Giunta provinciale n. 2173 del 2022 è stata oggetto di due distinti ricorsi proposti innanzi a questo Tribunale e volti a contestare la localizzazione urbanistica dell'opera postulata dall'approvazione del progetto di fattibilità. Tali gravami previa riunione sono stati definiti con sentenza n. 138 del 16 agosto 2023 che ne ha dichiarato l'inammissibilità. Il T.R.G.A. ha ritenuto la carenza di un attuale interesse a ricorrere in quanto il provvedimento contestato *“A) attiene esclusivamente alla materia dell'affidamento dei contratti pubblici, senza assumere alcuna ulteriore valenza ai fini urbanistici e paesaggistici; B) per quanto concerne l'ipotizzata lesione della sfera giuridica delle parti ricorrenti si configura come un atto endoprocedimentale e, come tale, non immediatamente impugnabile.”*

6. Con deliberazione n. 1559 del 25 agosto 2023 la Giunta provinciale ha confermato la deliberazione n. 2173 del 2022 quanto al punto 2 vale a dire nella parte in cui prevedeva *“di individuare nella realizzazione di un nuovo ospedale, afferente ai territori delle Valli di Fiemme, Fassa e Cembra, la scelta più opportuna e coerente nell'ottica di riorganizzazione dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari”* mentre quanto ai punti 1, 3 e 4 della medesima deliberazione ha dato atto *“del venir meno, per quanto emerso dalle consultazioni territoriali, delle ragioni di interesse pubblico rispetto*

alla proposta presentata (in località Masi di Cavalese, sul confine catastale tra i comuni di Cavalese e Tesero) nella forma della finanza di progetto". Con tale provvedimento la Giunta provinciale si è inoltre determinata ad "avviare il processo di localizzazione di massima ai sensi dell'art. 31 c.2 delle norme di attuazione del PUP che abbia a riferimento un'area territoriale "vasta", collocata di massima tra i Comuni di Cavalese e Predazzo, facilmente raggiungibile da viabilità e trasporto pubblico, anche per le altre due valli, e con una minimizzazione del consumo di suolo libero, con approfondimenti più analitici sull'area collocata in loc. Dossi di Cavalese e comunque siti facilmente raggiungibili dalla strada di fondovalle" e ad "incaricare Apac della redazione e pubblicazione di una manifestazione di interesse, rivolta a tutti gli operatori interessati, che contenga il quadro esigenziale, come sin qui emerso dalla procedura avviata ai sensi dell'art. 31 c. 2 delle predette norme di attuazione del PUP e sopra descritto, rispetto alla realizzazione di un nuovo ospedale a servizio delle valli di Fiemme, Fassa e Cembra che rispetti i prerequisiti indicati in premessa, al fine di stimolare la eventuale predisposizione di proposte che potranno essere formalmente presentate in una seconda fase da tutti gli operatori interessati allorquando sarà completato il procedimento di localizzazione definitiva, e la scelta sia quella della finanza di progetto".

7. La società MaK con il ricorso in esame ha allora impugnato chiedendone l'annullamento la suddetta deliberazione della Giunta provinciale n. 1559 del 25 agosto 2023 per il motivo che segue:

Eccesso di potere per carenza di istruttoria – Contraddittorietà ed illogicità della delibera di Giunta – Erroneità dei presupposti – Travisamento dei fatti – Sviamento di potere - Violazione ed erronea applicazione dell'art. 183, comma 15, codice appalti – Violazione ed omessa applicazione degli articoli 1, 2, 7 e s.s. l. 241/1990; Motivazione carente ed erronea.

La deliberazione n. 1559 del 2023 non ha smentito la deliberazione n. 2173 del 2022 laddove quest'ultima ha dichiarato la *“fattibilità ed il pubblico interesse”* della proposta della società Mak ancorché condizionando sospensivamente gli effetti di tale decisione *“al positivo adeguamento urbanistico descritto negli atti istruttori richiamati, nel rispetto del PUP, PGUAP, di tutti gli ulteriori strumenti urbanistici previsti e previa positiva acquisizione delle aree interessate dalla costruzione dell'erigenda struttura”*. Infatti il progetto tecnico ed economico presentato da Mak è perfettamente in linea con le esigenze rappresentate dalla Provincia in entrambe le suddette deliberazioni mentre la necessità dell'adeguamento del progetto in coerenza con le esigenze di pianificazione del territorio risultava già esplicitamente stabilita per cui risulta del tutto illogica, contraddittoria ed evanescente la motivazione del venir meno dell'interesse pubblico che, invece, risulta sussistere. Ne consegue che non essendo venuto meno l'interesse pubblico rispetto alla proposta presentata questa non avrebbe dovuto essere estromessa, ma avrebbe dovuto essere mantenuta e considerata al fine del mero adeguamento rispetto alla localizzazione dell'opera. Viceversa, senza neppure formalizzare la revoca della precedente deliberazione del 2022, con la deliberazione del 2023 è stato sostanzialmente deciso di avviare una nuova procedura di finanza di progetto asseritamente in ragione della non gradita localizzazione a Masi di Cavalese della struttura ospedaliera prevista nella proposta di Mak, ma in realtà allo scopo sviato di escludere Mak ed il RTI proponente dal prosieguo della procedura e dai vantaggi previsti dalla legge in conseguenza dell'approvazione del progetto. Inoltre l'Amministrazione, benchè non abbia proceduto all'indizione della gara, nel corso dell'istruttoria protrattasi ben oltre i tre mesi previsti, ha sempre espresso ai sensi dell'art. 183, comma 15 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, valutazioni favorevoli e pareri positivi. Sussiste pertanto un'aspettativa qualificata rispetto all'affidamento dell'incarico di progettazione,

realizzazione e gestione dell'ospedale, ingenerata in particolare dall'approvazione della proposta che tra l'altro ha fatto seguito alle molteplici, onerose e consistenti modifiche apportate su richiesta del Navip al progetto originario. Secondo i principi del procedimento amministrativo e le stesse previsioni della procedura di partenariato pubblico privato di cui al citato art. 183, comma 15, l'Amministrazione provinciale avrebbe dovuto richiedere al RTI proponente la sua eventuale disponibilità a procedere ad ulteriori modifiche della proposta originaria con riferimento alla localizzazione diversa rispetto a quella di Masi di Cavalese. Infatti il procedimento di approvazione di un intervento di partenariato pubblico privato disciplinato dall'art. 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e dall'art. 28 della legge provinciale 9 marzo 2016 n. 2 è cosa diversa dalla "*localizzazione*" dell'intervento ovvero dai successivi "*adeguamenti degli strumenti urbanistici*" di cui all'art. 31 delle norme di attuazione (NdA) del Piano urbanistico provinciale (PUP) approvato con legge provinciale 27 maggio 2008, n. 5 e all'art. 32 comma 8 della legge provinciale 4 agosto 2015, n. 15. L'assenza di qualunque valenza urbanistica e di localizzazione quanto alla deliberazione del 2022 è stata d'altra parte affermata con sentenza n. 138/2023 anche dal T.R.G.A. L'adeguamento del progetto approvato alla successiva localizzazione di massima e/o definitiva in luogo diverso dalla località Masi di Cavalese non avrebbe comportato alcun problema per Mak atteso che il progetto stesso non risulta avere alcuna "*rigidità intrinseca*". Emerge inoltre l'incongruenza di aver previsto con la deliberazione del 2023 la presentazione delle proposte di *project financing* all'avvenuta localizzazione definitiva mentre in precedenza era stato dato seguito alla formulazione della proposta di Mak anche in assenza di una effettiva scelta di localizzazione dei luoghi su cui realizzare l'ospedale. La Provincia ha disatteso regole di condotta ineludibili previste soprattutto dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 che assicurano il "*giusto procedimento*" e non ha

tenuto conto del cosiddetto diritto di accesso partecipativo derivante dall'art. 10 della legge anzidetta.

8. La Provincia Autonoma di Trento costituitasi in giudizio per resistere al ricorso ha diffusamente argomentato per l'infondatezza delle censure dedotte con una prima memoria del 20 maggio 2024 mediante la quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire e per carenza di interesse ex art. 35, comma 1, lett. b), del c.p.a. L'Amministrazione ha pure osservato che la ricorrente - a maggior ragione considerando che essa afferma che il progetto elaborato sarebbe valevole "*a prescindere dalla localizzazione*" e che comunque il progetto sarebbe facilmente adeguabile - può presentare nuovamente la propria proposta nell'ambito della manifestazione di interesse che secondo quanto previsto dal provvedimento impugnato sarà indetta da APAC.

9. Nel corso del giudizio le parti si sono ancora scambiate memorie a sostegno delle proprie difese. Mak dopo aver replicato a riguardo dell'eccezione di inammissibilità del ricorso ha rimarcato di aver predisposto più versioni della proposta di fattibilità su richiesta del Navip provinciale come confermato dalla consistente documentazione (relazioni, rilievi, elaborati grafici e planimetrie) presentata. La ricorrente ha inoltre insistito per una consulenza tecnica finalizzata ad accertare l'entità delle modifiche apportate al progetto nel corso di un anno e mezzo di trattative con la Provincia, rilevando altresì le peculiarità del caso concreto rispetto all'*iter* ordinario descritto dalla normativa quanto alla finanza di progetto. Dal canto suo la Provincia ha reiterato le proprie tesi con memoria depositata alle ore 14:11 del 30 maggio 2024.

Alla pubblica udienza del 20 giugno 2024, nel corso della quale la difesa di Mak ha eccepito la tardività della memoria ex art. 73 c.p.a. in quanto depositata in giudizio dalla Provincia dopo le ore 12:00 dell'ultimo giorno utile del 30 maggio 2024, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare va riscontrata la fondatezza dell'eccezione di tardività della memoria ex art. 73 c.p.a., depositata dalla Provincia alle 14:11 del 30 maggio 2024, oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno utile per il rispetto del termine di trenta giorni liberi prima dell'udienza del 20 giugno 2024. Nel caso di specie trova infatti applicazione il disposto normativo che considera l'adempimento avvenuto il giorno successivo e quindi tardivamente. Come di recente sostenuto anche da questo Tribunale con le sentenze n. 80 del 28 maggio 2024 e n. 93 del 13 giugno 2024 il contrasto apparentemente riscontrabile tra il primo (*“È assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito”*) ed il terzo periodo (*“Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerale e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo”*) dell'art. 4, comma 4, dell'allegato n. 2 al codice del processo amministrativo, *“si ritiene debba essere risolto nel senso che il termine delle ore 24:00 per il deposito degli atti di parte vale solo per quegli atti processuali che non siano depositati in vista di una camera di consiglio o di un'udienza di cui sia in quel momento già fissata o già nota la data. In presenza di una camera di consiglio o di un'udienza già fissata, il deposito effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno utile deve invece considerarsi inammissibile, a garanzia del contraddittorio tra le parti e della corretta organizzazione del lavoro del collegio giudicante (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2024, n. 756; id. 30 settembre 2022, n. 8418; id. 14 settembre 2022, n. 7977; id. 13 febbraio 2020, n. 1137)”*. Di conseguenza, come richiesto dalla difesa della ricorrente, ai fini della decisione non si terrà conto della memoria della Provincia depositata il 30 maggio 2024.

II) Il ricorso per le considerazioni che seguono non merita di essere accolto e la circostanza consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Amministrazione provinciale. Invero i rilevati

profili di inammissibilità finiscono inevitabilmente per ridondare nell'infondatezza delle censure dedotte. Inoltre deve essere respinta la consulenza tecnica invocata dalla ricorrente non essendo necessaria al fine del decidere.

III) *In limine litis* giova evidenziare il quadro normativo di riferimento che trova applicazione nella controversia in esame in cui si fa questione di partenariato pubblico privato e in particolare di finanza di progetto ad iniziativa privata. Ebbene in forza del rinvio disposto dall'art. 28, comma 1, della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2 (*“Fatto salvo quanto previsto da questa legge, in materia di concessioni e di partenariato pubblico privato si applica la parte III e le disposizioni in materia di partenariato e di finanza di progetto contenute nella parte IV del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Quando le disposizioni statali sopra richiamate prevedono l'applicazione agli istituti ivi disciplinati di disposizioni contenute in parti diverse del decreto legislativo n. 50 del 2016, i rinvii si intendono riferiti alla normativa provinciale in materia di contratti pubblici, in quanto compatibile”*) al caso *de quo* è applicabile la procedura di *project financing* ad iniziativa privata così come disciplinata dall'art. 183, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Per quanto qui di interesse tale disposizione prevede *“Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La*

proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. ... Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, dalla cauzione di cui all'articolo 93, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, è inserito in tali strumenti di programmazione ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente ...". Vale inoltre considerare il comma 3 del richiamato art. 28 della legge provinciale n. 2 del 2016, secondo il quale "In coerenza con l'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 22 marzo 1974, n. 381 (Norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino - Alto Adige in materia di urbanistica ed opere pubbliche), non sono ammissibili proposte in contrasto con il piano urbanistico provinciale, compresa la disciplina delle invarianti, quando

l'attuazione di queste proposte impone l'adozione di una variante al piano". È appena il caso di rilevare che è in ragione di tale previsione che la Giunta provinciale con la deliberazione n. 2173 del 28 novembre 2022, nel dichiarare la fattibilità ed il pubblico interesse della proposta presentata da Mak, è stata costretta a subordinare tale statuizione «al positivo adeguamento urbanistico descritto negli atti istruttori richiamati, nel rispetto del PUP, PGUAP, di tutti gli ulteriori strumenti urbanistici previsti e previa positiva acquisizione delle aree interessate dalla costruzione dell'erigenda struttura».

IV) Tanto premesso, emerge allora palesemente che la finanza di progetto ad iniziativa privata è un procedimento a formazione progressiva, che si realizza mediante fasi procedurali autonome tra loro. Questo Tribunale al riguardo con la citata sentenza 138 del 16 agosto 2023 avente ad oggetto la deliberazione della Giunta provinciale n. 2173 del 2022 ha già avuto modo di rilevare che *“la prima fase - che la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2022, n. 8072) definisce “pre-procedimentale” - è quella prevista e disciplinata dal sesto periodo dell’art. 183, comma 15, secondo il quale “L’amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta” e che “secondo una consolidata giurisprudenza (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2022, n. 8072, cit.; id., Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1065) questa fase della procedura è proceduralizzata - stante l’obbligo dell’Amministrazione di pronunciarsi entro il termine perentorio di tre mesi sulla fattibilità della proposta dell’operatore economico (si veda al riguardo anche la delibera ANAC n. 329 in data 21 aprile 2021, ove è stato ribadito che «le amministrazioni sono tenute a concludere, ai sensi della l. 241/1990, il procedimento di valutazione di fattibilità, sia essa positiva che negativa, delle proposte degli operatori economici con l’adozione di un provvedimento amministrativo espresso e motivato») - ma è caratterizzata da un’amplissima discrezionalità amministrativa, non sindacabile nel*

merito, di talché «il privato promotore vanta mere aspettative di fatto, accollandosi il rischio che la proposta non vada a buon fine» (*così Consiglio di Stato, Sez. V, 19 settembre 2022, n. 8072, cit.*)” In altri termini anche l’accertamento circa la fattibilità tecnico-economica della proposta di *project financing* così come il riconoscimento della pubblica utilità alla realizzazione dell’iniziativa non vincolano l’Amministrazione a dare corso alla procedura ad evidenza pubblica ponendo a base di gara il progetto presentato dal promotore, essendo l’Amministrazione stessa libera di scegliere, attraverso valutazioni di merito amministrativo, insindacabili in sede giurisdizionale, se per la tutela dell’interesse pubblico sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione, ovvero rinviarne la realizzazione, oppure non procedere affatto. L’Amministrazione deve riconoscere che esiste un interesse pubblico alla realizzazione dell’opera ma pure che il progetto del privato sia idonea a soddisfarlo. In sede pre-procedimentale in buona sostanza “*l’Amministrazione pondera la convenienza della proposta progettuale con l’approvazione dello stato di fattibilità e del suo inserimento nel piano triennale delle opere pubbliche, previa verifica della sostenibilità finanziaria della proposta stessa; l’Amministrazione non è invece tenuta alla ponderazione di interessi diversi da quello pubblico, né a sollecitare il proponente a modificare il progetto.*” e la natura del provvedimento conclusivo di tale segmento procedimentale è quella di un atto «*ad effetti instabili ed interinali*». Va ulteriormente rimarcato infatti che la disciplina della finanza di progetto ad iniziativa privata «*si contraddistingue in quanto l’iniziativa non è assunta dall’amministrazione, ma dal privato; tuttavia, anche una volta che la proposta di quest’ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, il promotore non acquisisce alcun diritto pieno all’indizione della procedura, ma una mera aspettativa, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell’amministrazione in ordine all’opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta. Detta aspettativa non è quindi*

giuridicamente tutelabile rispetto alle insindacabili scelte dell'amministrazione e la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solamente all'interno della gara una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta» (così Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2020, n. 4015).

V) Alla fase pre-procedimentale fa poi seguito la fase, per le ragioni dianzi dette non scontata, dell'approvazione del progetto presentato dal soggetto proponente, prevista e disciplinata dal nono periodo dell'art. 183, comma 15, secondo il quale il progetto di fattibilità - eventualmente modificato su richiesta dell'Amministrazione (come previsto dal settimo periodo dell'art. 183, comma 15) - *“qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, è inserito in tali strumenti di programmazione ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti”*. In questa fase interviene la definitiva localizzazione dell'opera (cfr. in proposito ancora T.R.G.A., Trento, 16 agosto 2023, n. 138) secondo una prospettiva *ex ante* e non *ex post* approvazione del progetto. Ai fini della localizzazione di un'attrezzatura di livello provinciale, qual è una struttura ospedaliera, la disciplina di riferimento è quella contemplata dall'art. 31 delle norme di attuazione del PUP che dispone al comma 1, *“la tavola del sistema insediativo e reti infrastrutturali individua a titolo ricognitivo i servizi e le attrezzature di livello provinciale, così come definiti nella relazione illustrativa, quali scuole medie superiori e di formazione professionale, strutture universitarie, strutture ospedaliere, carcere provinciale”* e al comma 2, che *“La previsione di nuovi servizi e attrezzature di livello provinciale è subordinata alla loro preventiva localizzazione di massima da parte della Giunta provinciale, sentita la comunità o i comuni interessati. La localizzazione definitiva dei servizi e attrezzature di livello provinciale è effettuata dai piani territoriali delle comunità”*. L'art. 32, comma 8, della legge provinciale n. 15 del 2015, a

sua volta, coerentemente dispone che *“La localizzazione definitiva dei servizi e delle attrezzature di livello provinciale, prevista all'articolo 31, comma 2, del PUP costituisce atto obbligatorio. Ai fini della localizzazione di detti servizi e attrezzature, le comunità sono tenute ad adottare il progetto di piano o di variante al piano o di piano stralcio, nel termine di sessanta giorni dalla localizzazione di massima da parte della Giunta provinciale e ad approvare, nel termine di centoventi giorni dalla data di adozione del progetto di piano, il PTC o, nel termine di sessanta giorni dalla medesima data, la variante al PTC o il piano stralcio. Il termine di sessanta giorni per l'adozione del progetto di piano o di variante al piano o di piano stralcio è sospeso per lo svolgimento del procedimento partecipativo previsto dal comma 2. Nel caso di mancata adozione del progetto di piano o di mancata approvazione del piano o della relativa variante o del piano stralcio, nei termini previsti da questo comma, la Giunta provinciale, previa diffida, attiva l'intervento sostitutivo previsto dall'articolo 57 della legge regionale 4 gennaio 1993, n. 1 (Nuovo ordinamento dei comuni della Regione Trentino - Alto Adige).”*

VI) Al lume di tutto quanto precede emerge in tutta evidenza che la Giunta Provinciale con la delibera n. 2173 del 2022 ha definito la fase *“pre-procedimentale”* della procedura, prodromica rispetto all'eventuale successiva fase di approvazione del progetto presentato da Mak e all'eventuale avvio della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della concessione per la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva, la realizzazione e il finanziamento del nuovo ospedale. Successivamente, con l'impugnata deliberazione n. 1559 del 2023, la Giunta provinciale semplicemente e del tutto legittimamente non è addivenuta all'approvazione del progetto presentato da Mak. Ciò in quanto l'organo di governo provinciale ha ritenuto di conformarsi all'orientamento espresso dalle comunità locali che non hanno condiviso la localizzazione della struttura ospedaliera individuata dalla proposta di Mak a Masi di

Cavalese il che evidentemente impedisce anche la localizzazione di massima nonché la localizzazione definitiva obbligatoriamente postulate dall'art. 31 delle norme di attuazione del PUP e dall'art. 32, comma 8, della legge provinciale n. 15 del 2015 dianzi richiamati. D'altra parte e soprattutto la Giunta provinciale, oltre alla desiderabilità sociale in merito alla collocazione dell'ospedale e alla concreta utilità di tale collocazione per la comunità beneficiante, ha correttamente considerato la scelta localizzativa, diversamente da quanto pretenderebbe la società ricorrente, un fattore non neutro nè ininfluenza bensì essenziale in grado cioè di differenziare notevolmente le caratteristiche e i costi di costruzione e gestione dell'infrastruttura ed in definitiva dirimente quanto al venir meno delle ragioni di interesse pubblico e del pari della stessa sostenibilità finanziaria della proposta sottese alla fase "*pre-procedimentale*" di cui alla delibera n. 2173 del 2022 che, vale rilevare, non a caso allora è stata di fatto condizionata «*al positivo adeguamento urbanistico descritto negli atti istruttori richiamati, nel rispetto del PUP, PGUAP, di tutti gli ulteriori strumenti urbanistici previsti e previa positiva acquisizione delle aree interessate dalla costruzione dell'erigenda struttura*», come prescritto dal comma 3 dell'art. 28 della legge provinciale n. 2 del 2016. Invero quello propugnato dalla ricorrente quanto alla scelta localizzativa si rivela sostanzialmente un approccio *ex post* rispetto all'approvazione del progetto del promotore che più che con le surriferite disposizioni normative stride con la logica. In definitiva, alla luce e nell'ambito dell'ampia discrezionalità che, si ribadisce, connota l'*agere* amministrativo nella fase che precede l'approvazione del progetto, fase in cui il proponente vanta mere aspettative di fatto accollandosi il rischio che la proposta non vada a buon fine, l'impugnata deliberazione n. 1559 del 2023 sfugge a tutti gli ordini di censure articolate nell'unico motivo di ricorso. In particolare la ricorrente non ha motivo di lamentare la lesione di alcun legittimo affidamento nella decisione dell'Amministrazione che - pur confermando

la valutazione positiva circa l'opzione di costruire un nuovo ospedale, per gli utenti delle Valli di Fiemme, Fassa e Cembra – determinandosi per una diversa localizzazione del medesimo individuata tra i Comuni di Cavalese e Predazzo (*“facilmente raggiungibile da viabilità e trasporto pubblico, anche per le altre due valli, e con una minimizzazione del consumo di suolo libero, con approfondimenti più analitici sull'area collocata in loc. Dossi di Cavalese e comunque siti facilmente raggiungibili dalla strada di fondovalle”*) ha quindi *tout court* optato di non dar corso alla proposta di Mak e del tutto ragionevolmente ha agito nella prospettiva di una nuova procedura e di nuove proposte di finanza di progetto (*“incaricando Apac della redazione e pubblicazione di una manifestazione di interesse, rivolta a tutti gli operatori interessati, che contenga il quadro esigenziale, come sin qui emerso dalla procedura avviata ai sensi dell'art. 31 c. 2 delle predette norme di attuazione del PUP e sopra descritto, rispetto alla realizzazione di un nuovo ospedale a servizio delle valli di Fiemme, Fassa e Cembra che rispetti i prerequisiti indicati in premessa, al fine di stimolare la eventuale predisposizione di proposte che potranno essere formalmente presentate in una seconda fase da tutti gli operatori interessati allorquando sarà completato il procedimento di localizzazione definitiva, e la scelta sia quella della finanza di progetto”*). *Rebus sic stantibus* è conseguentemente escluso che l'Amministrazione fosse tenuta a chiedere a Mak l'eventuale disponibilità a modificare la proposta originaria con riferimento alla localizzazione. Tenuto conto di quanto dianzi esposto anche le modifiche già apportate su richiesta del Navip al progetto originario, pur se, come asserito, molteplici e consistenti, non determinano alcun affidamento qualificato da parte di Mak, tale da giustificare la pretesa della società di adeguare il progetto (si rimarca non approvato) alla successiva localizzazione in luogo diverso dalla località Masi di Cavalese. Né per abbandonare l'originaria procedura sulla scorta della localizzazione indicata dalle comunità locali occorre il *surplus* di motivazione preteso

dalla ricorrente; l'impegno motivazionale che emerge dal provvedimento impugnato risulta del tutto adeguato a dar conto del percorso argomentativo in base al quale l'amministrazione ha assunto la decisione contestata. Nemmeno la mancata formalizzazione con l'impugnata deliberazione del 2023 della revoca della precedente deliberazione del 2022 assume rilievo nel senso che pretenderebbe la ricorrente. Al di là dell'omesso utilizzo testuale del termine "*revoca*" l'implicito venir meno ad eccezione del punto 2 della precedente deliberazione del 2022 si evince dal riferimento (esplicito) ai punti 1, 3 e 4 superati dai nuovi contenuti della deliberazione del 2023. Neppure, tenuto conto delle considerazioni che precedono circa la non intervenuta approvazione del progetto, è *a fortiori* ravvisabile alcun scopo sviatamente preordinato ad escludere Mak ed il RTI proponente dal prosieguo della procedura. E nessuna dimostrazione al riguardo di tale grave censura risulta d'altra parte allegata dalla ricorrente laddove la giurisprudenza, anche di questo T.R.G.A., è granitica e particolarmente rigorosa nell'affermare che "*il vizio di eccesso di potere per sviamento si configura in presenza di una comprovata divergenza fra l'atto e la sua funzione tipica, ossia laddove il potere sia esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dal legislatore con la norma attributiva dello stesso, in particolare quando l'atto è stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico; peraltro tale grave censura va supportata con precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dare conto delle divergenze dell'atto dalla sua funzione tipica, di talché la parte ricorrente non può limitarsi a formulare una mera supposizione circa l'intento sviato dell'Amministrazione*" (TRGA Trentino - Alto Adige/Südtirol, Trento, 10 ottobre 2022, n. 168; TRGA Trentino - Alto Adige/Südtirol, Trento, 6 maggio 2022, n. 91; Cons. Stato, Sez. VII, 28 marzo 2022, n. 2252; TRGA Trentino-Alto Adige/Südtirol, Trento, 30 aprile 2021, n. 68; Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480). Non assume consistenza infine la censura che deduce la violazione delle

disposizioni che regolano la partecipazione procedimentale, del principio del giusto procedimento e delle regole di condotta di cui agli artt. 1, 2, 7 e 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Al di là dell'applicabilità del richiamato art. 10 al procedimento strutturato di finanza di progetto che dà corpo ad esigenze specifiche che mal si conciliano con la partecipazione procedimentale, vale considerare che in particolare l'apporto partecipativo che avrebbe potuto offrire Mak presentando memorie scritte e documenti (che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento) ben poco avrebbe potuto rispetto a una diversa scelta localizzativa adottata dall'Amministrazione a seguito di un percorso logico giuridico perfettamente intellegibile. Ciò che rileva è infatti la necessità di poter comprendere le ragioni poste a fondamento del provvedimento contestato come deve ritenersi avvenuto nel caso di specie. Il rilievo concernente l'asserita incongruenza dell'aver previsto con la deliberazione del 2023 la presentazione delle proposte di *project financing* all'avvenuta localizzazione definitiva mentre in precedenza era stato dato seguito alla formulazione della proposta di Mak anche in assenza di una effettiva scelta di localizzazione dei luoghi su cui realizzare l'ospedale non risulta in tutta evidenza di alcun pregio.

VII) Tanto basta in conclusione ad escludere la fondatezza delle censure dedotte con il ricorso che pertanto deve essere respinto.

Quanto alla regolazione delle spese esse seguono la soccombenza di lite e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente a corrispondere alla Provincia autonoma di Trento le spese di lite quantificate in euro 2.000, 00 oltre a spese generali.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024
con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO