



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

Consiglio di Stato

Sezione Terza

Adunanza di Sezione del 7 luglio 2009

NUMERO AFFARE 01841/2009

OGGETTO:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI – RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA PROPOSTO DAI SIG.RI FRANCA MARANI, PIETRO MARANI, DONATELLA MARANI, LAURA MARANI ED ALESSANDRO MARANI, TUTTI RAPPRESENTATI E DIFESI DAGLI AVV.TI CESARE DE MATTEI E GIUSEPPE LOCATI, ED ELETTIVAMENTE DOMICILIATI PRESSO IL LORO STUDIO IN INVERUNO, VIA BRERA 40/42, PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIVA:

1. DI TUTTI GLI ATTI DEL PROCEDIMENTO DI ESPROPRIAZIONE E DI OCCUPAZIONE D'URGENZA RELATIVI AL FOGLIO N. 48, PARTICELLE N. 125, 126, 127, 37 E 38 DEL COMUNE DI LEGNANO;
2. DI TUTTI GLI ATTI DELLA CONFERENZA DI SERVIZI INDETTA DALL'AZIENDA OSPEDALIERA "OSPEDALE CIVILE DI LEGNANO" IN DATA 25 LUGLIO 2005;
3. DELLA DELIBERAZIONE N. 608 DEL 15 NOVEMBRE 2005 CON LA

QUALE È STATO APPROVATO IL PROGETTO DEFINITIVO INERENTE LA REALIZZAZIONE DEL NUOVO OSPEDALE DI LEGNANO ED È STATA DICHIARATA LA PUBBLICA UTILITÀ DELL'OPERA;

4. DEL DECRETO DI OCCUPAZIONE D'URGENZA E DETERMINAZIONE IN VIA PROVVISORIA DELL'INDENNITÀ DI ESPROPRIAZIONE EMESSE IN DATA 14 DICEMBRE 2005;

5. DELL'AVVISO DI IMMISSIONE IN POSSESSO DELLE AREE SOGGETTE AD OCCUPAZIONE D'URGENZA, NOTIFICATO ALLA PARTE RICORRENTE UNITAMENTE AL DECRETO DI OCCUPAZIONE D'URGENZA;

6. DEL VERBALE DI STATO DI CONSISTENZA E DI IMMISSIONE IN POSSESSO;

7. DI TUTTI GLI ATTI DI GARA INERENTI ALLA PROCEDURA DI "PROJECT FINANCING" INDETTA DALL'AZIENDA OSPEDALIERA CON APPOSITO BANDO, IN QUANTO ATTI DA CUI DERIVA LA CITATA PROCEDURA ESPROPRIATIVA.

LA SEZIONE

Vista la relazione prot. n. 2833 del 1 aprile 2009, con la quale il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul ricorso in oggetto;

Vista la memoria inviata dalla difesa dell'Azienda ospedaliera "Ospedale civile di Legnano" e pervenuta al Consiglio di Stato in data 24 luglio 2009;

Esaminati gli atti ed udito il relatore-estensore, cons. Nicolò Pollari;

Visto: l'art. 10 del D.P.R. 1199/1971;

PREMESSO:

La Regione Lombardia, con deliberazione n. VII/13306 del 13 giugno 2003, ha approvato l'intervento di edilizia sanitaria riguardante il nuovo Ospedale di Legnano, nell'ambito del Piano pluriennale degli investimenti in sanità.

I ricorrenti sono proprietari pro quota e pro indiviso di terreni (particelle n. 125, 126, 127, 37 e 38) destinati parte alla realizzazione del suddetto centro ospedaliero (Zona F5) e parte ad area di ampliamento del Parco Alto Milanese (Zona F2).

L'Azienda Ospedaliera "Ospedale civile di Legnano", in esito ad un procedimento di evidenza pubblica svolto ai sensi dell'articolo 37 bis della legge 109/1994, c.d. "project financing", ha aggiudicato, con delibera n. 244 del 23.4.2004, ad un raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla soggetto promotore (A.T.I. tra Techint S.p.A., Consorzio nazionale servizi Soc. Coop. A.r.l., impresa edile Vinco Renzo, Italia Servizi Integrati Soc. Consortile per azioni, CMB Soc. a.r.l., Aster Associate Termointerimpianti S.p.A.), la "concessione per la progettazione definitiva ed esecutiva, costruzione e gestione economica e funzionale del nuovo Ospedale di Legnano".

Successivamente, la medesima Azienda, con delibera n. 330 del 9.6.2004, ha approvato il progetto preliminare per la realizzazione della suddetta opera, e con determinazione n. 405 del 21.7.2004 ha indetto la gara prevista dall'art. 37 quater della legge n. 109/1994, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determinazione n. 16 del 21.1.2005 (pubblicata all'albo dell'Azienda Ospedaliera dall'8.2.2005 al 22.2.2005) l'Ati suddetta è stata dichiarata aggiudicataria della concessione di costruzione e gestione dell'Ospedale.

Con successivo atto notarile del 23.2.2005, è stata costituita la società di progetto Genesi Uno spa, subentrante all'Ati aggiudicataria della concessione. In data 23.3.2005, è stata quindi stipulata tra l'Azienda Ospedaliera di Legnano e la Genesi

spa la convenzione di concessione per la costruzione e gestione del nuovo Ospedale.

L'art. 10 della convenzione prevedeva il conferimento al soggetto concessionario del mandato a compiere in nome e per conto della concedente tutte le operazioni ed a svolgere tutte le attività necessarie all'acquisizione delle aree oggetto dell'intervento, quali le espropriazioni, le occupazioni temporanee e d'urgenza, gli acquisti e l'imposizione di eventuali servitù.

Con delibera n. 55 del 24 maggio 2005, il Consiglio comunale di Legnano ha adottato il progetto del Programma integrato di intervento n. 9 "Area nuovo Ospedale", presentato congiuntamente dall'Azienda Ospedaliera di Legnano e dal Comune di Legnano e comportante l'espropriazione di alcune aree situate nella zona ovest del Comune. La delibera è stata depositata presso gli uffici comunali, ai fini delle eventuali osservazioni, dal 13 giugno 2005 al 27 giugno 2005. Il relativo avviso di deposito è stato pubblicato all'albo pretorio in data 10 giugno 2005, nonché sul sito internet del Comune di Legnano.

Il Comune ha comunicato l'avvio del procedimento per l'approvazione del suddetto Programma integrato di intervento, con avviso pubblicato all'albo pretorio in data 10 giugno 2005 e sul sito informatico dell'ente locale. Circostanza, quest'ultima che si era resa necessaria in quanto i soggetti passivi della procedura espropriativa erano più di 50.

In data 14 luglio 2005, il Consiglio comunale, con delibera n. 85, ha respinto le osservazioni pervenute e approvato il suddetto Programma di intervento.

Successivamente, con avviso pubblicato all'albo pretorio dal 27 luglio 2005 al 26 agosto 2005, l'Ospedale Civile di Legnano ha provveduto, ai sensi dell'art. 11 e dell'art. 16 del D.P.R. n. 327 del 2001 e degli artt. 7, 8, 14 della L. 241 del 1990, a comunicare l'avvio del procedimento di Conferenza di servizi relativa al progetto del Nuovo Ospedale di Legnano, nonché l'avvio del procedimento finalizzato alla

dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. L'avviso suddetto veniva pubblicato anche sui quotidiani La Prealpina, Corriere della Sera e La Repubblica del 27 luglio 2005 e sul sito informatico del Comune.

La Genesi Uno spa, pertanto, ha comunicato agli interessati, tra i quali gli attuali ricorrenti, con raccomandata del 19 ottobre 2005, di aver avviato le operazioni di cui all'art. 15 del D.P.R. n. 327/2001 ai fini della realizzazione del Nuovo Ospedale Civile di Legnano.

Gli enti coinvolti nel procedimento di cui trattasi hanno espresso le proprie determinazioni favorevoli nella Conferenza di servizi del 19 settembre 2005, a seguito della quale è stato imposto il vincolo preordinato all'esproprio sulle proprietà interessate dalla procedura in parola. L'avviso di conclusione della citata Conferenza è stato pubblicato all'albo pretorio in data 17 ottobre 2005. Conseguentemente, l'Ospedale Civile di Legnano, con delibera n. 608/05 del 15 novembre 2005, pubblicata all'albo dell'Azienda dal 17 novembre 2005 all'1° dicembre 2005, ha approvato, anche ai fini della dichiarazione di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. a) del D.P.R. n. 327 del 2001, il progetto definitivo per la realizzazione del Nuovo Ospedale Civile di Legnano, e, fra l'altro, ha indicato in cinque anni dalla data di efficacia della deliberazione il termine per l'emanazione del decreto di esproprio. L'avviso di approvazione del progetto definitivo è stato pubblicato all'albo pretorio dal 6 dicembre 2005 al 21 dicembre 2005 ed è stato comunicato ai singoli soggetti interessati dalla procedura in parola con lettera raccomandata della Genesi Uno del 30 novembre 2005, notificata anche ai ricorrenti, con la quale è stato comunicato altresì che la determinazione conclusiva della Conferenza di Servizi del 19 settembre 2005 costituiva vincolo preordinato all'esproprio delle aree interessate all'intervento.

Successivamente, l'Azienda Ospedaliera di Legnano, con decreto del 14 dicembre 2005, ha disposto, ai sensi dell'art. 22 bis, comma 2, lett. b), del D.P.R. n.

327/2001, l'occupazione d'urgenza delle aree interessate, determinando l'indennità provvisoria di esproprio.

Gli attuali ricorrenti, a seguito di quanto sopra, hanno contestato la determinazione della indennità provvisoria di esproprio, che ha, comunque, riguardato solo una parte dell'area di proprietà dei ricorrenti. In particolare, l'indennità provvisoria è stata definita per ciascun comproprietario secondo le seguenti valutazioni:

Fg. 48, part. 37: mq 5.272 - SEMINATIVO (€/mq 3,65): € 2.138,09;

Fg. 48, part. 38: mq 4.118 - SEMINATIVO (€/mq 3,65): € 1.670,08;

Fg. 48, part. 125: mq 16 - SEMINATIVO (€/mq 3,65): € 6,49;

Fg. 48, part. 126: mq 1.765 - SEMINATIVO (€/mq 3,65): € 715, 81;

Fg. 48, part. 127: mq 329 - SEMINATIVO (€/mq 3,65) € 133,43.

La parte ricorrente ha contestato in modo particolare la classificazione dell'area.

Nel mese di gennaio 2006 la Genesi Uno ha proceduto alla immissione in possesso dei terreni espropriandi, preannunciata con nota del 20 dicembre 2005, con cui sono stati invitati gli interessati a voler far conoscere entro 30 giorni dalla data di immissione nel possesso le proprie osservazioni in merito all'indennità provvisoria di espropriazione presentando osservazioni scritte alla Genesi Uno s.p.a..

L'Azienda Ospedaliera di Legnano, in data 14 marzo 2006, stante il rifiuto della indennità provvisoria di esproprio da parte dei ricorrenti, ha ordinato alla citata concessionaria di depositare la somma relativa presso la Cassa Depositi e Prestiti.

Avverso l'intera procedura espropriativa, così come sopra descritta, oltre che all'antecedente procedura di project financing, insorgono i ricorrenti i quali affidano il proprio gravame ai seguenti motivi di diritto:

- 1) Violazione ed elusione di legge: articoli 7 e 8 della Legge 241/1990 e articoli 11, 12 e 16 del D.P.R. 327/2001; violazione di Legge ed elusione dei principi in materia di partecipazione procedimentale; eccesso di potere per violazione dei

principi del giusto procedimento, di buon andamento della Pubblica Amministrazione, nonché di trasparenza, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa; eccesso di potere per carenza di istruttoria, mancanza del necessario contraddittorio nonché ingiustizia manifesta.

2) Violazione e falsa applicazione di legge: articoli 37 bis, 37 ter, 37 quater, della Legge 109/1994; violazione e omessa applicazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara in ordine all'entità del prezzo stabilito e all'accollo ad esclusivo carico del promotore dei costi connessi all'esproprio; violazione del corretto procedimento per aver immotivamente disatteso le conclusioni di non ammissibilità della proposta dell'A.T.I. TECHNIT formulata dall'apposita commissione nell'ambito del procedimento ex articolo 37 ter della Legge 109/1994, e per aver consentito all'A.T.I. medesima di integrare ex post la propria proposta in relazione al contenuto del piano economico e finanziario; violazione del procedimento di gara ex articolo 37 quater della Legge 109/1994, per aver indotto i possibili concorrenti a valutare un piano economico e finanziario nel quale risultava che i costi di esproprio sarebbero stati a carico del promotore mentre poi, andata deserta la gara, sono stati portati in carico alla Pubblica Amministrazione; abuso di potere per aver favorito sotto il profilo economico l'A.T.I. aggiudicataria tramite l'accollo diretto dei costi di esproprio che l'A.T.I. spesa aveva dichiarato di assumere a proprio esclusivo carico; violazione delle normative di regolarità contabile; eccesso di potere per travisamento, carenza dei presupposti di fatto, illogicità, perplessità, carenza di pubblico interesse e sviamento di potere; violazione, travisamento e falsa applicazione degli articoli 19 e seguenti della legge 109/1994; violazione e omessa applicazione della delibera G.R. Lombardia n. VII/13306 del 13 giugno 2003 e della delibera G.R. Lombardia n. VII/18575 del 5 agosto 2004.

3) Violazione, falsa e travisata applicazione degli articoli 22 bis, 32 e 37 T.U. in materia espropriativa per pubblica utilità; eccesso di potere sotto il profilo della manifesta ed esibita carenza di istruttoria; eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti di fatto; falsa, lacunosa ed omessa istruttoria; eccesso di potere sotto il profilo della manifesta contraddittorietà tra provvedimenti; violazione dei principi di uguaglianza, a parità di trattamento e di buona amministrazione.

4) Violazione e falsa applicazione di legge: articoli 22 e 22 bis del D.P.R. 327/2001, nonché carenza assoluta di motivazione, eccesso di potere per motivazione surrettizia, carenza di pubblico interesse e sviamento di potere, eccesso di potere per difetto dei presupposti di fatto e di diritto nonché difetto di istruttoria sotto altro profilo.

5) Violazione ed elusione di legge: articoli 22 e 22 bis del D.P.R. 327/2001; eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità ed indeterminatezza del contenuto nonché per ingiustizia manifesta.

6) Violazione travisamento ed omessa corretta applicazione dell'istituto della concessione; carenza assoluta di potere in capo all'organo che ha emesso il provvedimento di occupazione d'urgenza; violazione ed elusione di legge: articoli 3 e 10 della convenzione sottoscritta in data 23 marzo 2005 tra l'Ospedale civile di Legnano e la Genesi Uno S.p.A., nonché articolo 6 del T.U. n. 327/2001; eccesso di potere per contraddittorietà tra diversi atti, carenza di potere ed illogicità manifesta.

7) Violazione ed elusione di legge: Direttiva CEE 337/85/CEE del 27 giugno 1985, D.P.R. 12 aprile 1996, articolo 40, comma 1, Legge 22 febbraio 1994, n. 146, nonché articolo Legge Regionale Lombardia 3 marzo 1999, n. 20; eccesso di

potere per carenza assoluta di istruttoria, illogicità e carenza di pubblico interesse sotto altro profilo.

Ai fini della istanza di sospensione degli atti impugnati, i ricorrenti richiamano quanto affermato nei motivi di censura ed evidenziano, inoltre, il pericolo di non percepire alcun corrispettivo a titolo di indennizzo di esproprio. Ciò in quanto, né l'ente concedente né il concessionario hanno la legale e concreta disponibilità delle somme necessarie per compensare gli espropriandi. L'Amministrazione, infatti, non ha facoltà di spendere somme che non possono essere destinate a compensare oneri che spettano alla parte privata, mentre quest'ultima non è tenuta ad effettuare il pagamento degli indennizzi, non avendo alcun obbligo al riguardo. Ne consegue, quindi, che, in mancanza di misura cautelare, i ricorrenti non potranno legittimamente percepire alcun corrispettivo.

L'Azienda Ospedaliera "Ospedale civile di Legnano", ha presentato le proprie controdeduzioni al ricorso con memoria in data 18 maggio 2006, mentre l'Azienda sanitaria locale della Provincia di Milano n. 1 ha esposto le proprie controdeduzioni al ricorso con memoria in data 19 maggio 2006. Anche la Genesi Uno S.p.A. ha presentato le proprie controdeduzioni al ricorso in data 21 giugno 2006.

Con la relazione dianzi citata l'Amministrazione sostiene che il ricorso sia in parte inammissibile ed in parte infondato.

In data 24 luglio 2009, è pervenuto l'atto di integrazione delle controdeduzioni al ricorso straordinario, presentato dall'Azienda Ospedaliera "Ospedale civile di Legnano" in ragione dell'intervenuta adozione di atti ulteriori del procedimento di esproprio.

In particolare, l'Amministrazione riferisce dell'intervenuta adozione del decreto definitivo di esproprio n. 01/2007 del 7 maggio 2007, ritualmente notificato ai ricorrenti rispettivamente in data 6.6.2007, 6.6.2007, 6.6.2007, 18.6.2007, 4 e

7.7.2007, 8.6.2007 e 8.6.2007, e dagli stessi mai impugnato né con atto di motivi aggiunti all'odierno ricorso straordinario, né con diverso ricorso giurisdizionale. I ricorrenti si sarebbero limitati a proporre opposizione alla stima di esproprio alla Corte di Appello di Milano.

L'adozione del decreto di esproprio in parola, che sostituisce il provvedimento provvisorio di occupazione di urgenza determinerebbe, secondo l'Azienda Ospedaliera, “la sopravvenuta improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse nella misura in cui l'acquisizione al patrimonio dell'azienda ospedaliera delle aree private dei ricorrenti interviene esclusivamente con il citato decreto di esproprio”.

CONSIDERATO:

Con il primo motivo i ricorrenti deducono che il principio di carattere generale relativo alla partecipazione procedimentale, richiamato dall'art. 7 della Legge n. 241 del 1990, è stato recepito dal D.P.R. n. 327 del 2001, il quale, agli artt. 11, comma 2, e 16, comma 4, dispone che, ai fini della partecipazione procedimentale, occorrono due distinte comunicazioni di avvio del procedimento: la prima riguardante gli atti preordinati alla apposizione del vincolo e la seconda in relazione agli atti che conducono alla dichiarazione di pubblica utilità. Nel caso di specie, secondo i ricorrenti, sia la dichiarazione di pubblica utilità di cui alla deliberazione dell'Ospedale Civile di Legnano n. 608/05 del 15 novembre 2005 che il vincolo preordinato all'esproprio derivante dalla Conferenza di servizi del 19 settembre 2005, non sono stati preceduti da idonea comunicazione di avvio del procedimento. La procedura prevista dall'art. 11, comma 2, del D.P.R. n. 327 del 2001, riguardante la comunicazione di avvio del procedimento nei confronti di più di 50 destinatari, secondo quanto affermato dalla concessionaria Genesi Uno nella nota del 30 novembre 2005, ha avuto attuazione solo nell'ambito della Conferenza di servizi del 19 settembre 2005. Pertanto, le modalità stabilite dal citato art. 11,

comma 2, del D.P.R. n. 327 del 2001 (applicabili anche alla comunicazione dell'avvio del procedimento per la dichiarazione di pubblica utilità) non sono state rispettate, in quanto non risulta che il suddetto avviso sia stato pubblicato all'albo pretorio del Comune, né su un giornale locale o nazionale e neanche sul sito informatico della Regione. Tale violazione inficierebbe tutto l'iter espropriativo posto in essere dall'Amministrazione procedente.

Inoltre, i ricorrenti osservano che il soggetto espropriante non ha provveduto a comunicare dieci giorni prima (mediante pubblicazione all'albo pretorio) l'informativa riguardante la convocazione della Conferenza di servizi, secondo quanto previsto dall'art. 11, comma 4, del D.P.R. n. 327 del 2001, il quale, a sua volta, richiama il D.P.R. n. 554 del 1999.

Il motivo è infondato.

Il D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 all'art. 11 (La partecipazione degli interessati), secondo comma, dispone che "l'avviso di avvio del procedimento è comunicato personalmente agli interessati alle singole opere previste dal piano o dal progetto. Allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50, la comunicazione è effettuata mediante pubblico avviso, da affiggere all'albo pretorio dei Comuni nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo, nonché su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale e, ove istituito, sul sito informatico della Regione o Provincia autonoma nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo".

Ed il successivo art. 16 (Le modalità che precedono l'approvazione del progetto definitivo), al primo comma dispone che "il soggetto, anche privato, diverso da quello titolare del potere di approvazione del progetto di un'opera pubblica o di pubblica utilità, può promuovere l'adozione dell'atto che dichiara la pubblica utilità dell'opera. A tale fine, egli deposita presso l'ufficio per le espropriazioni il progetto dell'opera, unitamente ai documenti ritenuti rilevanti e ad una relazione sommaria,

la quale indichi la natura e lo scopo delle opere da eseguire, nonché agli eventuali nulla osta, alle autorizzazioni o agli altri atti di assenso, previsti dalla normativa vigente". Il quarto comma prevede che "al proprietario dell'area ove è prevista la realizzazione dell'opera è inviato l'avviso dell'avvio del procedimento e del deposito degli atti di cui al comma 1, con l'indicazione del nominativo del responsabile del procedimento". Al quinto comma è, a sua volta, stabilito che "allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50 si osservano le forme di cui all'articolo 11, comma 2".

Stante il numero dei soggetti espropriandi (più di ottanta) l'Amministrazione ha proceduto alla comunicazione di avvio del procedimento ai sensi degli artt. 11, comma 2, e 16, commi 4 e 5 del D.P.R. n. 327/2001.

Va, comunque rilevato che ad ulteriore tutela delle garanzie partecipative, anche nel corso del legittimo procedimento introdotto con apposita Conferenza di servizi (chiusa in data 19 settembre 2005) e volto all'approvazione, ad ogni effetto di legge (apposizione del vincolo e dichiarazione di pubblica utilità) del progetto dell'Ospedale di Legnano, sono state effettuate, con le modalità e nei termini previsti dalla legge, tutte le comunicazioni occorrenti a rendere edotti i proprietari interessati, sotto ogni profilo, degli effetti espropriativi. In particolare, gli avvisi di avvio del più ampio procedimento di cui si è testé fatto cenno sono stati inseriti in 27 luglio 2005, all'albo pretorio e nel sito internet del Comune di Legnano nonché sul sito di Infrastrutture lombarde S.p.A., sui quotidiani "Il Corriere della Sera", "La Repubblica", la "Prealpina", ed in particolare per tali quotidiani, con indicazione puntuale delle particelle interessate e dei relativi proprietari.

Tali adempimenti sono stati effettuati ben prima della nota del 30 novembre 2005, con la quale la Genesi Uno spa ha comunicato ai soggetti passivi della procedura di esproprio l'approvazione del progetto definitivo.

Il Collegio osserva, inoltre, che la realizzazione del nuovo Ospedale era stata prevista sin dalla approvazione del vigente P.R.G., risalente al 2003.

Dunque, sebbene la destinazione delle aree in questione fosse presumibilmente nota ai ricorrenti sin dall'epoca dell'approvazione del P.R.G., e, in ogni caso, era sicuramente nota dalla pubblicizzazione del conseguente P.I.I., si evidenzia come il diritto partecipativo al procedimento di esproprio sia stato oltremodo garantito anche con la pubblicizzazione della Conferenza di Servizi, in esito alla quale, giova ricordarlo, è stato definitivamente apposto il vincolo preordinato all'esproprio quale premessa necessaria della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera con l'approvazione del progetto definitivo dell'Ospedale.

Ciò nonostante, pur dovendosi ritenere sufficienti le pubblicazioni di cui sopra, la Genesi Uno ha attivato i meccanismi partecipativi di diretta comunicazione ai ricorrenti del decreto di accesso rilasciato dalla Azienda Ospedaliera di Legnano in data 22 luglio 2005 (con raccomandata del 19 ottobre 2005), della dichiarazione di pubblica utilità intervenuta in data 15 novembre 2005 (con raccomandata del 30 novembre 2005), della occupazione d'urgenza (con nota del 20 dicembre 2005), cui hanno fatto riscontro le osservazioni pervenute dai ricorrenti con nota del 20 febbraio 2006 (avente ad oggetto “Osservazioni sulla determinazione dell'indennità provvisoria di esproprio”) i quali hanno così mostrato di essere a conoscenza degli atti dei quali invece viene lamentata la mancata conoscenza.

I ricorrenti osservano, infine, che il soggetto espropriante non ha provveduto a comunicare dieci giorni prima (mediante pubblicazione all'albo pretorio) l'informativa riguardante la convocazione della Conferenza di servizi, secondo quanto previsto dall'art. 11, comma 4, del D.P.R. n. 327/2001, il quale, a sua volta, richiamerebbe il D.P.R. n. 554/1999.

La censura è infondata.

A prescindere dalla considerazione che l'art. 11, comma 4, del D.P.R. n. 327/2001 non effettua alcun richiamo al D.P.R. n. 554/1999, il Collegio osserva che il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109), all'art. 9 (Pubblicità degli atti della conferenza dei servizi) dispone che "della convocazione della conferenza dei servizi è data pubblicità, almeno dieci giorni prima della data di svolgimento della stessa, mediante comunicazione, con contestuale allegazione del progetto, da effettuarsi all'Albo pretorio del Comune ovvero, nel caso di amministrazioni aggiudicatrici diverse dal Comune, utilizzando forme equivalenti di pubblicità".

Detto articolo, però, non si applica in relazione alle attività di progettazione ed approvazione delle infrastrutture ai sensi di quanto disposto dall'art. 2-bis, D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190, aggiunto dall'art. 1, D.Lgs. 17 agosto 2005, n. 189.

Con il secondo motivo i ricorrenti deducono che l'Ospedale civile di Legnano ha affidato la concessione per la realizzazione e la gestione del nuovo Ospedale alla Genesi Uno, società di progetto costituita a seguito dell'aggiudicazione della gara d'appalto all'ATI capeggiata da Techint, mediante procedura di project financing.

Nell'ambito di tale procedura, il piano economico-finanziario del promotore costituisce elemento centrale della proposta. Tale piano, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, non può essere modificato, poiché ciò renderebbe necessario l'assoggettamento del piano stesso ad una nuova asseverazione bancaria. Nella fattispecie che qui interessa, l'ATI Techint ha presentato un piano non idoneo, in quanto non comprensivo della copertura finanziaria dei costi relativi all'esproprio.

L'Amministrazione, tuttavia, invece di escludere il raggruppamento di imprese dalla procedura, ha illegittimamente consentito allo stesso di integrare il piano economico-finanziario: infatti, l'ATI, secondo quanto si legge nella delibera di aggiudicazione, si è successivamente dichiarata disponibile alla assunzione dei costi di espropriazione. La irregolarità della procedura di gara si ripercuote

inevitabilmente sulla fase espropriativa, come dimostrato dalle offerte di indennizzo formulate dall'Amministrazione, le quali risultano incongrue proprio a causa della inadeguatezza del suddetto piano economico-finanziario.

A ciò si aggiunga che successivamente la P.A. ha inserito nella convenzione stipulata con la concessionaria, una clausola che prevede l'assunzione totale dei costi attinenti agli espropri a carico dell'Amministrazione stessa, con ciò consentendo una inammissibile integrazione ex post del piano presentato dall'ATI. Tale circostanza ha alterato in modo sostanziale la procedura di gara, determinando la violazione della par condicio dei concorrenti.

I ricorrenti deducono anche la violazione degli artt. 19, 20 e 21 della L. 109/1994, in quanto il prezzo che l'Amministrazione si impegna a corrispondere all'ATI non rappresenta un corrispettivo, ma ha solo lo scopo di garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'intervento da realizzare, in funzione della qualità del servizio finale. Tale prezzo, pertanto, non può essere utilizzato per sollevare il privato da uno degli oneri economici che gli competono.

Il motivo è inammissibile.

I ricorrenti non hanno alcun interesse ad impugnare la procedura di project financing, in quanto non legittimati a partecipare alla gara.

Difetta in capo agli stessi qualsiasi interesse attuale e concreto alla decisione del motivo di impugnazione in parola.

Con particolare riferimento alla legittimazione ad impugnare atti afferenti ad una procedura ad evidenza pubblica solo le imprese che in una gara pubblica abbiano chiesto di partecipare si collocano in una "posizione giuridica differenziata" e, pertanto, si ergono a titolari di un interesse legittimo giudizialmente tutelato che le abilita a sindacare la legittimità della stessa gara, alla quale hanno dimostrato "in concreto" di voler prendere parte.

Nel caso di specie appare di tutta evidenza la mancanza in capo ai ricorrenti di un interesse, avente i caratteri della attualità e concretezza, alla caducazione degli atti relativi alla procedura finalizzata alla scelta del soggetto concessionario.

Con il terzo motivo i ricorrenti deducono che l'Amministrazione, in sede di occupazione di urgenza, non ha stabilito l'indennità provvisoria di esproprio. Tale obbligo incombente sulla P.A. risulta dall'art. 32 del D.P.R. n. 327/2001, secondo cui l'indennità di espropriazione è determinata sulla base delle caratteristiche del bene al momento della cessione volontaria o della emanazione del decreto di esproprio.

Si osserva che i terreni di proprietà dei ricorrenti non hanno affatto natura agricola. Infatti, essi riguardano l'area complessivamente destinata dal Piano regolatore generale all'insediamento del nuovo polo ospedaliero, secondo la variante generale apportata allo strumento urbanistico nell'anno 2001. L'area in parola ricade in zona F, sottozona F5, azionata a standard, riservata alla realizzazione della nuova azienda ospedaliera. Non rileva, quindi, che l'intervento oggetto di zonizzazione sia di pubblico interesse. Peraltro, l'art. 46 delle NTA indica tra gli interventi consentiti tutti quelli connessi alla dislocazione dell'Ospedale.

Da quanto sopra risulta, conseguentemente, che la zona di cui trattasi, non solo è edificabile, in quanto destinata ad ospitare la citata opera pubblica, ma lo è anche perché deputata al compimento dell'opera in project financing, attività indispensabili per il promotore al fine di perseguire l'equilibrio economico-finanziario dell'intervento.

La stessa giurisprudenza ha affermato che, ai fini della edificabilità dei suoli, devono essere considerate le possibilità legali effettivamente esistenti. Nel caso di specie è chiaro che la zonizzazione F5 delle aree di cui trattasi configura una vocazione edificatoria delle medesime, a prescindere dal fatto che l'intervento in concreto sia finalizzato a scopi pubblicistici.

Il motivo è inammissibile per difetto di giurisdizione.

I ricorrenti sollevano obiezioni sulla concreta determinazione delle indennità, sostenendo che alle singole aree interessate dall'intervento sarebbe stata erroneamente attribuita natura agricola, le aree in questione dovrebbero essere invece considerato edificabili.

La questione sottoposta è estranea alla sede amministrativa.

Infatti l'art. 53 ("Disposizioni processuali") del D.P.R. n. 937/2001 dispone che "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico. Resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa".

Con il quarto motivo i ricorrenti deducono che il decreto di occupazione non reca le ragioni che hanno indotto l'Amministrazione ad operare in via d'urgenza, non essendo sufficiente a tal fine il numero superiore a cinquanta dei soggetti espropriandi.

Il motivo è infondato.

In via generale, si può convenire che l'urgenza deve costituire una caratteristica intrinseca dell'opera da realizzare, mentre, al contrario, resterebbero irrilevanti le ragioni di urgenza non oggettiva, ma è altresì vero che il legislatore può scegliere i casi in cui attribuire un'urgenza per legge.

Ciò è avvenuto per le fattispecie di cui all'art. 22-bis, comma 2, del D.P.R. n. 327/2001, nel quale si legge che si può far ricorso alla occupazione d'urgenza, (senza che occorra motivazione al riguardo, altrimenti la norma non avrebbe

senso): "b) allorché il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50".

Si deve ritenere che quanto disposto dal secondo comma dell'art. 22-bis del D.P.R. n. 327/2001, in materia di occupazione d'urgenza, rappresenti una ulteriore tipizzata, specificazione delle ipotesi in cui sia emanabile il decreto di occupazione d'urgenza, nel senso che qualora il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50, per ciò stesso si possa procedere all'occupazione d'urgenza. Ciò perché l'espletamento del procedimento di determinazione dell'indennità di espropriazione in relazione ad un così elevato numero di proprietari espropriandi ritarderebbe eccessivamente l'effettiva esecuzione delle opere (Cons. Stato, Sez. III, 28 aprile 2009, n. 836).

Con il quinto motivo i ricorrenti deducono che l'art. 13 del D.P.R. n. 327/2001 dispone che il decreto di esproprio può essere emanato entro il termine di cinque anni, decorrente dalla data in cui diventa efficace l'atto che dichiara la pubblica utilità dell'opera.

Pertanto, l'occupazione d'urgenza non può estendersi oltre il termine di validità della dichiarazione di pubblica utilità. Nel caso di specie, il termine di scadenza dell'occupazione d'urgenza è fissato per il 24.1.2011, in quanto decorrente dal 24.1.2006 (data della immissione in possesso), mentre la dichiarazione di pubblica utilità perderà efficacia in data 15.11.2010 (vale a dire alla scadenza dei cinque anni decorrenti dal 15.11.2005, data della relativa delibera emessa dal Direttore Generale dell'Ospedale).

Il motivo è infondato.

La discordanza fra un (maggiore) termine di durata dell'occupazione d'urgenza ed un (minore) termine per l'esecuzione dell'opera non influisce sulla legittimità degli atti, ma produce soltanto la conseguenza di far sì che la durata dell'occupazione

debba ritenersi ridotta nei limiti in cui risulti compatibile con il più breve termine posto in sede di dichiarazione di pubblica utilità.

Con il sesto motivo i ricorrenti deducono che in base alla suddetta convenzione, il concessionario è subentrato al concedente nella titolarità della procedura espropriativa. Pertanto, il decreto di occupazione d'urgenza è stato adottato dal Direttore Generale dirigente dell'Azienda Ospedaliera in carenza di potere, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 6, comma 8, del T.U. 327 del 2001, secondo cui se l'opera è realizzata da un concessionario, l'Amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei poteri espropriativi. Nel caso di specie la P.A., avvalendosi dell'articolo appena citato, si è spogliata del potere espropriativo, trasferendolo in maniera esclusiva al concessionario.

Secondo la difesa della Genesi Uno, la vicenda che ci occupa si riferisce ad una delle ipotesi di concessione di opera pubblica nella quale il concessionario è chiamato a svolgere taluni compiti di ordine pubblicistico esplicitati solitamente nella convenzione che accede alla concessione. Tra tali compiti ordinariamente rientra lo svolgimento delle attività e delle operazioni materiali ricomprese nell'ambito del più ampio procedimento espropriativo.

Questo sarebbe il caso che ci occupa, nel quale sono stati affidati alla società medesima i compiti di tipo operativo sottesi all'espropriazione (quali, a titolo esemplificativo, stati di consistenza e immissione in possesso, esecuzione delle operazioni planimetriche e preparatorie, offerta indennità, comunicazioni etc.) ma rimanendo i poteri espropriativi in senso stretto (cioè i poteri provvedimentali legati al decreto d'accesso, d'esproprio, o come nella presente vicenda, decreto d'occupazione) in capo all'autorità amministrativa (nella specie, l'Azienda Ospedaliera) alla quale essi pertengono in quanto autorità (o soggetto pubblico) titolare istituzionale dell'opera per cui è questione.

Ciò è frutto dell'attuale assetto normativo consacrato nell'art. 6, comma 1, D.P.R. n. 327/2001 e s.m.i. il quale, invero, ha previsto la possibilità della delega dei poteri provvedimentali dall'autorità al suo concessionario (o contraente generale).

Infatti, l'Amministrazione titolare del potere espropriativo (nella fattispecie, l'Azienda Ospedaliera) - come chiarito dal citato art. 6, comma 8, a seguito dell'aggiunta apportata al Testo Unico sugli espropri con il D.Lgs. n. 302/2002, "... può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'affidamento...".

Se ne deduce che la delega dell'esercizio di poteri deve essere specifica, ossia deve identificare con sufficiente precisione l'ambito delle potestà assegnate al privato (concessionario). Laddove tale attribuzione e tale specificità manchi, come, sempre ad avviso della Genesi Uno, avverrebbe nel caso in esame, deve necessariamente presumersi che i provvedimenti amministrativi più incisivi per i privati espropriati (decreti d'esproprio, atti di cessione, etc.) rimangano di competenza del soggetto che conserva il potere, ossia il concedente (cioè l'azienda Ospedaliera).

Ora nella fattispecie in trattazione l'art. 10 della Convenzione di concessione per la costruzione e gestione del Nuovo Ospedale di Legnano, avente ad oggetto "Espropriazioni, occupazioni temporanee e d'urgenza, acquisti e costituzione di servitù" esplicitamente statuisce: "Con la stipula del presente Contratto, la Concedente conferisce al Concessionario, che accetta, il mandato a compiere, in nome e per conto della Concedente, tutte le operazioni ed a svolgere tutte le attività necessarie all'acquisizione delle aree oggetto dell'intervento, quali le espropriazioni, le occupazioni temporanee e d'urgenza, gli acquisti e l'apposizione di eventuali servitù. Tutti gli adempimenti per le espropriazioni e gli asservimenti, sono a carico del Concessionario, con facoltà di avvalersi di soggetti privati per le attività preparatorie. Il concessionario anticiperà altresì tutti gli oneri, i costi e le

spese, ivi compresi gli indennizzi e/o le somme dovute a titolo di risarcimento danni da corrispondere ai soggetti espropriati o asserviti e le spese fiscali, di registrazione e quelle per parcelle tecniche, legali e notarili a seguito di apposito incarico concernente la predisposizione degli atti, le eventuali vertenze giudiziarie e la stipula di atti pubblici derivanti dalle operazioni di espropriazione e/o asservimento, fino alla comprovata trasmissione della domanda di volturazione, relativi alle aree di nuova acquisizione. Ad avvenuta corresponsione a favore dei soggetti espropriati delle somme ai medesimi dovuti, la Concedente, previa verifica della relativa documentazione, provvederà a rimborsare le relative somme traendole da contributo di cui all'art. 9...”.

Orbene, nella fattispecie in esame la delega dell'esercizio di poteri è specifica, ossia identifica con sufficiente precisione l'ambito delle potestà assegnate al privato (concessionario).

Ne consegue che l'Amministrazione Ospedaliera si era spogliata di ogni e qualsiasi competenza in materia di espropriazioni, delegandola per intero al soggetto concessionario (Genesi Uno), che, pertanto, aveva esclusiva competenza alla emissione del provvedimento di occupazione d'urgenza.

Con la memoria pervenuta in data 24 luglio 2009, la difesa dell'Azienda ospedaliera fa presente che il ricorso in questione deve ritenersi improcedibile, essendo intervenuto nelle more dell'istruttoria del ricorso il decreto definitivo di esproprio n. 01/2007 del 7 maggio 2007 adottato dal Direttore generale dell'Azienda ospedaliera, con il quale viene pronunciata l'espropriazione degli immobili interessati alla costruzione del nuovo Ospedale civile di Legnano a favore della stessa Azienda ospedaliera, con conseguente trasferimento del diritto di proprietà.

Ad avviso della difesa dell'Azienda la mancata impugnazione di tale atto da parte dei ricorrenti avrebbe determinato la improcedibilità dell'originario ricorso per sopravvenuta carenza di interesse visto che l'acquisizione al patrimonio

dell'Azienda delle aree in questione fa cessare ogni interesse all'impugnazione dell'occupazione in via d'urgenza.

Vero è che anche il nuovo provvedimento di espropriazione definitiva risulta affetto dal medesimo vizio riscontrabile in relazione all'occupazione d'urgenza, essendosi, come sopra chiarito, l'Amministrazione concedente spogliata del potere espropriativo nei confronti della concessionaria. Tuttavia, è vero anche quanto controdedotto dall'Azienda ospedaliera, ossia che non è stato proposto ricorso né in via principale né con motivi aggiunti, avverso l'espropriazione definitiva, determinandosi un'acquiescenza dei ricorrenti all'atto espropriativo vero e proprio, avendo gli stessi proposto atto di citazione in sede di corte di Appello di Milano del 18 febbraio 2008, avverso la determinazione dell'indennità di espropriazione.

Pertanto, ove dovesse l'Amministrazione, nella sua responsabilità, confermare la circostanza suddetta, si deve pronunciare allo stato l'improcedibilità sotto questo aspetto del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse.

Con il settimo motivo i ricorrenti deducono che in base all'art. 10 e all'all. B del D.P.R. n. 146 del 1994, nonché in base all'art. 2 della Legge Regionale n. 20 del 1999, i progetti di infrastrutture che riguardano lo sviluppo di aree urbane relativi a superfici superiori a 40 ha necessitano di previa valutazione di impatto ambientale.

Il progetto di opera pubblica in questione riguarda un'area certamente più vasta rispetto al limite citato. Pertanto l'amministrazione avrebbe dovuto verificare la compatibilità ambientale dell'intervento, adempimento completamente omesso.

Il motivo è infondato.

Secondo i ricorrenti, il progetto dell'opera di che trattasi rientrerebbe tra i progetti "di sviluppo di aree urbane, nuove o in estensione, interessanti superfici superiori ai 40 ha", per i quali, in virtù dell'All. B, D.P.R. 12 aprile 1996 - richiamato dall'art. 2 della L.R. Lombardia n. 20/1999 - occorre procedere ad una valutazione di impatto ambientale.

Il riferimento legislativo operato dai ricorrenti è infondato in punto di fatto.

E' evidente - ed, invero, facilmente riscontrabile mediante le planimetrie allegate al progetto in questione - che l'intervento interessa una porzione di terreno di gran lunga inferiore a 20 ettari.

In conclusione, per quanto precede, il ricorso è in parte infondato, in parte inammissibile e in parte improcedibile, condizionatamente all'accertamento dell'acquiescenza fatta dai ricorrenti al decreto 1/2007 del 7 maggio 2007. Pertanto anche l'istanza cautelare di sospensione degli effetti deve ritenersi respinta, salvo un riesame nel caso in cui l'Amministrazione referente dovesse riscontrare in sede di istruttoria che non si è verificata la suddetta acquiescenza.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso sia in parte respinto, in parte dichiarato inammissibile ed in parte improcedibile nei sensi di cui in motivazione.

L'ESTENSORE
Nicolo' Pollari

IL PRESIDENTE
Salvatore Giacchetti

IL SEGRETARIO