

TAR Lazio, Sezione Seconda Bis, Sentenza n. 11377 del 4 giugno 2024

Project financing – PA può non dare corso alla procedura anche dopo dichiarazione di pubblico interesse – Discrezionalità

Publicato il 04/06/2024

N. 11377/2024 REG.PROV.COLL.

N. 13063/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13063 del 2019, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

per la condanna

al risarcimento del danno patrimoniale subito dalla Società a causa della condotta scorretta tenuta dall'Amministrazione in merito alla proposta predisposta dalla ricorrente di Progettazione, realizzazione e gestione del nuovo cimitero comunale mediante *project financing*, protocollata in data 2 marzo 2017, n. 5893.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2024 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società ricorrente espone di aver presentato in data 2 marzo 2017 al Comune di (...) una proposta di *project financing* relativa a progettazione, realizzazione e successiva gestione in concessione di un'opera non presente negli strumenti di programmazione approvati dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 183, co. 15, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La proposta prevedeva la progettazione e la realizzazione del nuovo cimitero comunale e la successiva gestione, con manutenzione ordinaria, dei servizi cimiteriali e degli eventuali servizi accessori per il complesso cimiteriale.

Su tale proposta si esprimeva favorevolmente il Consiglio Comunale che, con la D.C.C. n. 8/2017, la inseriva nel programma triennale delle opere pubbliche.

Successivamente, con la Deliberazione di Consiglio Comunale n. 18 del 5 maggio 2017, si affermava che *“l’inserimento di tale opera deve intendersi quale atto di indirizzo per l’ufficio tecnico di predisposizione di tutti gli atti amministrativi propedeutici all’avvio del procedimento”*.

Non essendo però seguito alcun adempimento a tale atto di indirizzo, la ricorrente proponeva ricorso avverso l'inerzia (R.G. n. 4273/2019), pendente il quale il Comune comunicava – con nota prot. n. 17489 del 16 maggio 2019 – che *“la richiesta relativa all’oggetto non ha avuto seguito da parte di questa amministrazione in quanto la proposta di project financing – inizialmente inclusa nel programma triennale delle opere pubbliche*

2017/2019, approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 8 del 31 marzo 2017 – non è stata inclusa nel successivo programma triennale delle opere pubbliche 2018/2020, approvato con deliberazione della Giunta comunale n. 172 del 17/10/2017 ed oggetto di pubblicazione nelle forme di legge a fini di conoscenza generale”.

Ciò in quanto “l’Amministrazione comunale, nell’esercizio della propria discrezionalità amministrativa, non ha ritenuto opportuno al momento procedere alla realizzazione di un nuovo cimitero mediante project financing optando per soluzioni diverse”.

Ed invero, nella predetta deliberazione n. 172 del 17 ottobre 2017, avente quale oggetto *“Adozione programma triennale opere pubbliche 2018-2020 ed elenco annuale dei lavori pubblici”*, la Giunta comunale aveva determinato di non procedere alla realizzazione *“[del]l’intervento indicato al punto 5 della Scheda 2 del programma triennale 2017/2019 denominato “Project financing – Lavori di realizzazione nuovo cimitero comunale” di cui alle suddette delibere di C.C. n. 8/2017 e n. 18/2017, ma di rivalutare un precedente progetto di ampliamento”.*

Assumendo la lesività di tale condotta per *“Violazione del principio di affidamento. Violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui all’art. 1337 c.c. e violazione del principio di buon andamento di cui all’art. 97 Cost. Violazione dell’art. 183, co. 15, del D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50”*, la ricorrente chiede di essere risarcita dei danni subiti, che quantifica in misura pari alle spese di progettazione della fase di studio per la proposta di fattibilità come indicata nel progetto (euro 154.490,56); e conclude domandando di *“a) accertare e dichiarare la responsabilità precontrattuale dell’Amministrazione comunale; b) conseguentemente, condannare il Comune di (...) al risarcimento del danno patrimoniale arrecato alla ricorrente (...) S.r.l., per l’importo indicato supra e pari alle spese da essa sostenute ai fini della redazione della proposta di progetto dichiarato di pubblico interesse”.*

Si è costituito il Comune di (...) che resiste al ricorso del quale chiede il rigetto, argomentando circa il fatto che sulla proposta formulata dalla società ricorrente non sarebbe mai intervenuta alcuna approvazione; tantomeno è mai stata bandita o

aggiudicata una gara.

Il procedimento rimaneva ad uno stadio assolutamente embrionale (inserimento della proposta nel programma triennale delle oo.pp., senza indizione della successiva gara tesa a selezionare l'esecutore/promotore) con la conseguenza che l'assenza di aggiudicazione, oltre che di un impegno negoziale certo e formalizzato, impedirebbe di invocare il ristoro dei supposti pregiudizi patrimoniali.

Soprattutto, emergerebbe *per tabulas* come la società ricorrente, lamentando una responsabilità precontrattuale del Comune di (...), si sia limitata a richiamare la stessa con riguardo alla deliberazione n. 172 adottata dalla Giunta comunale in data 17.10.2017, senza però impugnarla esplicitamente.

Da qui, le eccezioni di inammissibilità ed infondatezza dell'azione.

Le parti hanno scambiato memorie.

Nella pubblica udienza del 17 aprile 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

Rileva il Collegio che la fattispecie oggetto di causa attiene ad un procedimento di finanza di progetto ai sensi dell'art. 183 d.lgs. n. 50/2016 concernente una proposta di partenariato relativa ad opere di realizzazione e gestione dei servizi cimiteriali del comune di (...).

Secondo la giurisprudenza della Sezione (cfr. TAR Lazio, Roma, II B , sentenze nr. 3429 del 28 febbraio 2023; nr. 3433 del 28 febbraio 2023; da ultimo, per una ricostruzione generale dell'istituto, v. TAR Lazio, Roma, II B, 21 marzo 2024, nr. 4863) che su analoghe fattispecie inerenti ipotesi di responsabilità precontrattuale della p.a. si è orientata in senso conforme a quanto affermato dal Consiglio di Stato (vedasi, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato sez. V, 11/01/2021, n.368), un'aspettativa giuridicamente rilevante per il promotore si può configurare solo in seguito alla scelta di addivenire all'affidamento del contratto. Ciò comporta, peraltro, che l'amministrazione non è tenuta a motivare il ripensamento sulla proposta progettuale, dando conto del contemperamento tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato. La scelta di dar corso ad una procedura di *project financing*

e di affidarne la realizzazione ad un determinato promotore costituisce, infatti, espressione di discrezionalità amministrativa, poiché implica approfondite valutazioni in merito all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, che rientrano nella competenza esclusiva dell'Amministrazione e non possono essere sindacate in sede giurisdizionale. A ciò consegue che l'amministrazione, anche dopo l'individuazione del promotore e la dichiarazione di interesse pubblico del progetto dallo stesso presentato, non è comunque tenuta a dar corso alla procedura di gara, e può scegliere discrezionalmente se risponde meglio all'interesse pubblico la decisione di affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto (in tal senso: Consiglio di Stato, sez. V[^], n. 820/2019). Tuttavia, siffatta discrezionalità sussiste e si afferma solo fino a quando l'Amministrazione non si risolva, sulla base del progetto assentito, ad attivare la procedura di gara e a concluderla con l'aggiudicazione. Indizione della gara ed eventuale aggiudicazione costituiscono i punti di non ritorno dell'agire decisionale dell'Amministrazione, superati i quali la discrezionalità viene meno e le parti agiscono in regime di pariteticità.

Tali principi vanno confermati anche nella presente fattispecie.

Invero, l'art. 183, comma 15, stabilisce, tra le altre cose, che *“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. (...) 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. (...)"

La disposizione in commento regola una particolare fattispecie di confronto procedimentale che è scandita da adempimenti e tempistiche volte a conformare le trattative tra la proponente e la PA ed a coordinare gli adempimenti di quest'ultima in materia di programmazione di bilancio (che include l'obbligo di tenere ed aggiornare l'elenco triennale di opere pubbliche, quale elemento essenziale della pianificazione delle attività dell'Ente).

Tuttavia, nessuno di tali adempimenti è configurato in maniera da costituire un impegno vincolante dell'Amministrazione nei confronti del proponente, essendo sempre libera la prima – fino all'eventuale aggiudicazione – di rimeditare le proprie scelte di pianificazione delle opere pubbliche e preferire altre soluzioni (così recedendo dalle trattative “procedimentalizzate” come descritte e regolate dall'art. 185 cit.) che comporteranno corrispondenti (non modifiche, ma) variazioni del programma delle opere pubbliche.

Correlativamente, l'aspettativa della proponente può riconoscersi come incentrata solo sulla pretesa ad una compiuta disamina della propria proposta.

Deve quindi confermarsi quanto affermato in giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, II B, 21 marzo 2024, nr. 4863) e cioè che, nella procedura di project financing la fase preliminare di individuazione dell'aggiudicatario si connota per un'amplissima discrezionalità amministrativa, tale da non potere essere resa coercibile, in quanto consiste non nella scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma nella valutazione di un interesse

pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore dei fondi.

Nel caso in esame, la questione dedotta dalla ricorrente è relativa proprio alla descritta fase pre-procedimentale del progetto di finanza ad iniziativa privata, nella quale le decisioni dell'Ente, come espresse nelle deliberazioni richiamate nella premessa narrativa, sono scaturite da apprezzamenti di pubblico interesse in ordine all'opportunità (merito amministrativo) dell'inclusione o meno della proposta di parte ricorrente, ritenendola non più sussistente.

E' senza fondamento, quindi, la tesi da cui dipendono le ragioni di doglianze dedotte dalla parte ricorrente e cioè che l'Amministrazione avrebbe dapprima instaurato con la (...) S.r.l. uno stabile rapporto prenegoziale, tale da determinare in essa la ragionevole aspettativa circa l'eventualità di procedere alla realizzazione dell'opera de qua ed avrebbe poi "tradito" tale affidamento, violando il proprio dovere di protezione nei confronti della controparte. Appare evidente, invece, che – dovendo il proponente di un'opera in regime di project financing essere consapevole della estrema latitudine delle responsabilità valutative che sono prerogativa della PA – nessuna ragionevole aspettativa alla conclusione favorevole della iniziativa può riconoscersi nella fattispecie, neppure in dipendenza di una iniziale approvazione di massima del progetto e suo inserimento nel programma delle opere pubbliche. Ne consegue che le spese sostenute per l'esame di fattibilità e relativa fase progettuale costituiscono altrettanti oneri che la parte proponente assume a suo carico quale condizione per rendere effettivo l'avvio del procedimento di competenza dell'Ente e consentire a quest'ultimo una compiuta valutazione di merito.

Quanto dedotto, genericamente, nel ricorso non vale dunque a sancire una pretesa alla ripetizione di tali importi (peraltro indimostrati quanto all'effettivo esborso ed alla congruità delle somme impegnate); più radicalmente, l'azione di risarcimento che la parte odierna ricorrente ha introdotto in giudizio si fonda solo su di una

inammissibile equivalenza (automatismo) tra mancata approvazione della proposta e risarcimento del danno.

Per queste ragioni, il ricorso è infondato e non può trovare accoglimento; le spese di lite sono regolate secondo la soccombenza nella misura liquidata come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta e condanna parte ricorrente alle spese di lite che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Francavilla, Presidente FF

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Licheri, Referendario

L'ESTENSORE

Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE

Michelangelo Francavilla

IL SEGRETARIO