

TAR Sicilia – Catania, Sezione Quarta, Sentenza n. 2809 del 1° agosto 2024

Project financing – Approvazione proposta del promotore – Revoca procedura da parte della P.A. –

Legittimità – Rivalutazione interesse pubblico

Publicato il 01/08/2024

N. 02809/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01473/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1473 del 2019, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Schininà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

A.T.I. (...) S.r.l. – (...) S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione della Giunta Municipale di (...) n. 235 del 16 luglio 2018 avente ad oggetto la “*Concessione per la realizzazione del sistema cimiteriale (...) mediante interventi*

di riqualificazione del cimitero di via Roma e la realizzazione del nuovo cimitero di cda Bosco Cicogne – Revoca della deliberazione di Giunta Municipale n. 263 del 25/07/2016” nonché di tutti gli atti antecedenti e successivi ivi compresa la deliberazione G.M. n. 11 del 19 gennaio 2019 contenente atto di indirizzo in ordine all'annullamento delle procedure preordinate all'affidamento della concessione di cui sopra e proposta per il consiglio comunale di eliminazione dell'opera dal programma triennale delle opere pubbliche, e per il risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dal ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 20 maggio 2024 il dott. Giuseppe Licheri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto di gravame notificato e depositato nei termini di rito, il Consorzio ricorrente chiedeva l'annullamento della deliberazione di giunta municipale del comune di (...) n. 235 del 16.7.2018 avente ad oggetto la revoca della precedente deliberazione n. 263 del 25.7.2016 nonché di tutti gli atti antecedenti e successivi, ivi compresa la deliberazione giuntale n. 11 del 19.1.2019 contenente atto di indirizzo in ordine all'annullamento delle procedure preordinate all'affidamento della concessione di cui sopra e proposta per il consiglio comunale di eliminazione dell'opera dal programma triennale delle opere pubbliche.

In punto di fatto la ricorrente rappresentava di essere stata nominata, con determinazione dirigenziale n. 229 del 14.9.2017, soggetto promotore, ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016, della concessione concernente la realizzazione

del sistema cimiteriale (...), da attuarsi mediante l'esecuzione di interventi di riqualificazione del cimitero di via Roma e la realizzazione del nuovo cimitero in contrada Bosco. Più nel dettaglio, con deliberazione di consiglio n. 84 del 31.5.2016, l'amministrazione comunale di (...) aveva incluso nel piano triennale delle opere pubbliche dell'ente l'affidamento in concessione dei suddetti interventi, da realizzarsi ricorrendo al modello della c.d. finanza di progetto, con promotore da individuare attraverso procedura aperta a gara unica ai sensi dell'art. 183, commi 114, d.lgs. n. 50/2016 sulla scorta di uno studio di fattibilità predisposto dall'ente. Con determinazione dirigenziale n. 315 del 25.7.2016, il responsabile della competente area comunale dava avvio all'*iter* per l'individuazione del promotore, approvando il bando della gara per la concessione del sistema cimiteriale e, più in particolare, la progettazione (definitiva ed esecutiva), l'esecuzione dei lavori e la manutenzione ordinaria e straordinaria del cimitero esistente in via Roma, la realizzazione del nuovo cimitero e la gestione del complesso cimiteriale, il tutto senza corrispettivi a carico dell'amministrazione comunale con il diritto per il concessionario di gestire il servizio per 25 anni remunerandosi esclusivamente con i proventi delle concessioni cimiteriali, sulla base delle tariffe fissate nel disciplinare.

A seguito dello svolgimento della gara, con determinazione dirigenziale n. 229 del 14.9.2017 veniva individuato il soggetto promotore nel consorzio odierno ricorrente.

Nelle more dell'approvazione del progetto definitivo subentrava al vertice dell'amministrazione comunale una diversa compagine politica avversa allo strumento contrattuale prescelto per l'esecuzione degli interventi in questione.

Con deliberazione di giunta municipale n. n. 11 del 18.1.2029, veniva così dato indirizzo agli uffici di eliminare l'intervento dal piano triennale delle opere pubbliche e di annullare la procedura di cui sopra.

Con nota n. 3546 del 29.1.2019, gli uffici comunicavano al ricorrente l'avvio del

procedimento di annullamento della procedura.

In data 1.2.2019, la parte faceva pervenire le proprie osservazioni, evidenziando l'inopportunità e l'illegittimità del prospettato annullamento dell'*iter* di nomina del promotore.

Non essendo stata la comunicazione di avvio del procedimento seguita dall'adozione di alcun provvedimento, il ricorrente adiva questo Tribunale con azione ai sensi dell'art. 117 c.p.a.

Nell'imminenza dell'udienza camerale di discussione del ricorso avverso il silenzio, sopravveniva il provvedimento impugnato, con il quale la giunta comunale:

- revocava la propria precedente deliberazione n. 263 del 25.7.2016 di approvazione del progetto di fattibilità;

- determinava la decadenza di tutti gli atti consequenziali;

- dava mandato al dirigente responsabile di dar corso alle modifiche al piano regolatore cimiteriale da egli già proposte alla giunta con relazione del 14.3.2019.

Contro siffatto provvedimento proponeva il presente gravame il Consorzio ricorrente, avanzando i seguenti mezzi di censura.

Con il primo, esso lamentava la violazione dell'art. 6, comma 1, lett. e) della l. n. 241/1990, ritenendo che la proposta di annullamento della deliberazione recante l'approvazione del progetto di fattibilità sarebbe stata avanzata non dal competente dirigente bensì dalla giunta municipale.

Con il secondo, esso lamentava la violazione dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990 e l'eccesso di potere per difetto di motivazione ed istruttoria ed irragionevolezza e illogicità.

Secondo parte ricorrente, l'atto di riesame della procedura di individuazione del soggetto promotore non avrebbe presentato i presupposti normativi previsti per la rimozione in autotutela degli atti amministrativi, apparendo irragionevole, illogica e contraria all'interesse pubblico la decisione di porre nel nulla il procedimento volto ad individuare il soggetto promotore del progetto di risistemazione ed

ampliamento delle strutture cimiteriali comunali, considerato che il progetto in questione avrebbe apportato un indiscutibile vantaggio all'amministrazione pubblica senza che la stessa avesse a sostenere i relativi oneri economici (interamente a carico del promotore).

Oltretutto, ad avviso del ricorrente, le alternative alla realizzazione di nuove strutture cimiteriali attraverso la finanza di progetto avrebbero presentato costi e tempi di realizzazione maggiori, con conseguente penalizzazione dell'interesse pubblico rispetto al progetto presentato dal Consorzio.

Alla domanda caducatoria si accompagnava, infine, la domanda di risarcimento per equivalente dei pregiudizi patiti dalla parte, sia a titolo di illecito extracontrattuale – chiedendosi il ristoro del danno emergente (consistente nelle spese sostenute per approntare gli atti di gara, lo studio e la progettazione, nonché la predisposizione del servizio e l'organizzazione dei mezzi approntati per la esecuzione dell'opera), nel lucro cessante (mancata gestione venticinquennale della concessione), nel danno reputazionale, morale e curriculare (nella misura del 5 per cento dei lavori), pregiudizi tutti quantificati sommariamente in oltre 3 milioni di Euro – sia a titolo di responsabilità precontrattuale.

Si costituiva in giudizio il comune di (...), preliminarmente eccependo l'inammissibilità del gravame per carenza di interesse derivante dalla mancata, tempestiva, impugnazione di una serie di atti presupposti e, più nello specifico, della delibera di giunta n. 175 del 28.5.2019 (recante adozione dello schema di programma triennale delle opere pubbliche il quale già non avrebbe recato più indicazione dell'opera in questione), della delibera di giunta n. 211 del 27.6.2019 (avente ad oggetto la proposta al consiglio comunale di approvazione del nuovo programma triennale oo.pp.), e della delibera consiliare n. 66 del 6.8.2019 (approvazione da parte del consiglio del nuovo programma triennale delle opere pubbliche).

Sempre preliminarmente, l'amministrazione resistente eccepiva il difetto di

giurisdizione del giudice adito in ordine alla domanda risarcitoria avente titolo nell'asserita responsabilità precontrattuale della p.a.

Per il resto, parte resistente contestava la fondatezza dei motivi di ricorso addotti da controparte e della conseguente istanza risarcitoria.

In vista della discussione in pubblica udienza del gravame, le parti scambiavano memorie ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

Parte resistente, oltre a ribadire l'adeguata motivazione del provvedimento di revoca, insisteva nel qualificare come provvisorio l'affidamento riposto nella conclusione del contratto da parte del soggetto individuato come promotore di una procedura di *project financing* per la quale, come nel caso di specie, non era stato ancora completato l'*iter* di approvazione del progetto definitivo, posizione questa ritenuta dal comune resistente nient'affatto assimilabile a quella dell'aggiudicatario provvisorio.

Parte ricorrente invece, oltre ad insistere per l'accoglimento di tutti i motivi di ricorso originariamente dispiegati, replicava alle eccezioni di controparte valorizzando l'obbligo risarcitorio a suo giudizio gravante sul comune resistente per aver ingiustificatamente interrotto trattative giunte al punto da aver consolidato il proprio affidamento sulla conclusione del contratto.

Infine, all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del 20.5.2024, la causa veniva trattenuta in decisione.

Ritiene il Collegio di poter prescindere dalle eccezioni preliminari in rito avanzate dal comune di (...) potendo il presente gravame essere deciso in merito in senso sfavorevole al Consorzio ricorrente.

Innanzitutto, preme ribadire che, per costante insegnamento pretorio, *“In tema di project financing, anche dopo l'approvazione della proposta non sorge un distinto, speciale e autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, a che l'amministrazione dia poi comunque corso alla procedura di finanza di progetto. La valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera*

continua a essere immanente. Si tratta infatti di considerare, sino all'affidamento, l'attualità e la convenienza della realizzazione, senza condizionamenti neanche da eventuali previ e informali contatti, finalizzati all'elaborazione della proposta da parte del promotore" (Cons. St., sez. V, n. 63633 del 23.11.2018).

Pertanto, ancorché l'atto di scelta del promotore determini un'immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto ed un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti (tant'è che tale atto è da ritenersi lesivo e deve dunque essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione, cfr. Cons. St., sez. V, n. 4186 del 19.6.2019), ad ogni modo, *"anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che: a) tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa; b) la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta"* (di nuovo Cons. St., sez. V, n. 63633 del 23.11.2018).

Tale posizione è stata, più di recente, ribadita da Cons. St., sez. V, n. 5493 del 21.9.2020 (*"La presentazione della proposta di project financing non comporta l'insorgere di un dovere di dare corso alla procedura di individuazione del promotore, posto che l'amministrazione rimane titolare del potere di valutazione della proposta per la tutela dell'interesse pubblico, i cui esiti si articolano in un ventaglio di possibili soluzioni: se sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione, se invece sia più confacente rinviare la sua realizzazione, ovvero non procedere affatto e revocare l'intera procedura"*) e anche da Cons. St., sez. V, n. 368 dell'11.1.2021 (*"In materia di project financing l'Amministrazione -una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato -non è comunque tenuta a dare corso alla*

procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale, se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto”).

Premesso quanto sopra, applicando le coordinate ermeneutiche sopra esposte al caso di specie, pare al Collegio che le ragioni addotte dal comune di (...) per giustificare la nuova, sopravvenuta, valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla decisione di realizzare l'intervento in questione attraverso il ricorso alla finanza di progetto sia immune da incongruenze, illogicità ed aporie.

Infatti, non può non negarsi all'amministrazione la potestà di rivalutare la decisione originariamente assunta approntando soluzioni alternative che, se da un lato comporterebbero per l'ente la necessità di sostenere un immediato esborso finanziario, dall'altro possano consentire al comune di percepire gli oneri derivanti dal rilascio in concessione delle sepolture (facoltà questa a cui l'amministrazione avrebbe dovuto irrimediabilmente rinunciare in caso di affidamento in concessione delle nuove opere cimiteriali al ricorrente) e, soprattutto, di mitigare l'impatto sulla cittadinanza dell'aumento delle tariffe cimiteriali che, inevitabilmente, sarebbe conseguito in caso di realizzazione degli interventi mediante ricorso alla finanza di progetto.

Pertanto, la decisione assunta appare supportata da adeguata motivazione in ordine alla nuova valutazione dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione e, quindi, scevra dai vizi di legittimità dedotti dalla parte ricorrente.

Ancora, quanto alla domanda risarcitoria, neppure essa può trovare accoglimento. Non la pretesa al ristoro dei danni asseritamente cagionati dall'attività provvedimento illegittima della p.a. posto che, per le ragioni sopra espresse, l'azione amministrativa appare immune dalle censure di legittimità prospettate.

Neanche la domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale merita positiva delibazione; infatti, quand'anche in astratto la condotta mantenuta

dall'amministrazione resistente fosse stata scorretta, il Consorzio ricorrente non ha quantificato né comprovato in alcun modo i pregiudizi subiti, limitandosi a richiedere il ristoro delle spese sostenute per partecipare alla gara (non quantificate né documentate) e l'interesse negativo consistente nelle occasioni lavorative perse (anche queste, non quantificate né documentate).

Infine, vertendosi in tema di atto di revoca legittimo ai sensi dell'art. 21-quinquies della l. n. 241/1990, deve comunque escludersi qualsiasi pretesa della parte ricorrente in ordine ad eventuali indennizzi ad essa spettanti posto che, secondo l'indirizzo interpretativo formatosi sul punto in giurisprudenza (e dal quale il Collegio non rinviene ragioni per discostarsi nel caso di specie), la disciplina in materia di indennizzabilità dei pregiudizi conseguenti alla revoca legittima di atti amministrativi prevista dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo *“è cedevole rispetto alla disciplina specifica dettata dall'art. 183, co.12 e 15 D.Lgs. n. 50 del 2016, ove si prescrive il riconoscimento dell'interesse contrattuale negativo o dell'indennizzo per le sole ipotesi in cui il promotore non risulti aggiudicatario della gara”* (così Cons. St., sez. V, n. 7927 del 24.8.2023).

In conclusione, quindi, il gravame proposto non merita accoglimento alcuno.

Sussistono tuttavia, ad avviso del Collegio, giuste ragioni per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del presente giudizio.

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

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

Giacinta Serlenga, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere

Giuseppe Licheri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppe Licheri

IL PRESIDENTE

Giacinta Serlenga

IL SEGRETARIO