



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli

Sezione Prima

composto dai Signori:

| | | |
|---------|-----------|-----------------|
| Antonio | Guida | Presidente |
| Fabio | Donadono | Componente |
| Carlo | Dell'Olio | Componente est. |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. **5311/2007** proposto da:

società AD PROGETTI S.r.l. e da società di progetto I-PARK S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avv. Filippo Di Costanzo, e domiciliate per legge presso la Segreteria di questo Tribunale in mancanza di domicilio eletto in Napoli;

contro

il COMUNE DI ISCHIA, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Alessandro Trani, e domiciliato per legge presso la Segreteria di questo Tribunale in mancanza di domicilio eletto in Napoli;

per l'annullamento

- della delibera del Commissario Straordinario del Comune di Ischia n. 118 dell'11 maggio 2007, avente ad oggetto "*Project financing per la realizzazione di un parcheggio pluripiano interrato in Via Alfredo De Luca – ex Jolly – provvedimenti in autotutela*";

- della determina del dirigente del Settore Tecnico del Comune di Ischia n. 674 del 24 maggio 2007, avente ad oggetto *“Project financing per la realizzazione di un parcheggio pluripiano interrato in Via Alfredo De Luca ex Jolly – provvedimenti in autotutela conseguenti la delibera C.S. n. 118 dell’11.05.2007”*;
- di ogni altro atto agli stessi preordinato, presupposto, connesso, collegato e consequenziale;

e per la condanna

dell’amministrazione intimata al risarcimento dei danni derivanti dal mancato affidamento della concessione, fino alla data di annullamento dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Amministrazione resistente;

Visti i documenti e le memorie prodotti dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore all’udienza pubblica del 19 marzo 2008 il Dott. Carlo Dell’Olio;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La vicenda contenziosa si snoda nell’ambito delle procedure di project financing attivate dal Comune di Ischia nel giugno 2004 per la realizzazione di alcuni parcheggi pubblici.

Il Commissario Straordinario del predetto ente, con delibera n. 118 dell’11 maggio 2007, sul presupposto che l’avviso pubblico ex art. 37 bis della Legge 11 febbraio 1994 n. 109 era stato pubblicato solo all’albo pretorio comunale e non anche, illegittimamente, negli altri siti individuati dalla norma, disponeva l’annullamento in autotutela della delibera di Giunta Comunale n. 203 del 13 luglio 2005, recante l’approvazione e la dichiarazione di pubblico interesse, ai sensi dell’art. 37 ter della citata legge, della proposta formulata dalla AD Progetti S.r.l. per l’edificazione di un parcheggio pluripiano interrato alla Via Alfredo De Luca, area ex Jolly, demandando contestualmente al dirigente del Settore Tecnico l’adozione di conseguente atto determinativo di annullamento degli ulteriori atti della procedura.

Seguiva determina dirigenziale del Settore Tecnico n. 674 del 24 maggio 2007, con la quale, in esecuzione della delibera commissariale di cui si richiamava per esteso la parte motiva, si statuiva di annullare in autotutela tutti gli atti della procedura di project financing inerente al parcheggio in parola, giunti fino ad allora all’emanazione della determina dirigenziale con la quale si prendeva atto del verbale di gara deserta, relativo alla licitazione privata per la scelta delle due migliori offerte ex art. 37 quater della Legge n. 109/1994.

Le imprese ricorrenti, nella rispettiva qualità di soggetto promotore e di società di progetto costituita ai sensi dell’art. 37 quinquies della medesima legge, nel lamentarsi della mancata

aggiudicazione della concessione di lavori pubblici e della mancata stipula della relativa convenzione, impugnano i menzionati provvedimenti affidandosi ai seguenti motivi, articolati in più censure:

1. violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e seguenti della Legge n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies della stessa legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis, 37 ter e 37 quater della Legge n. 109/1994; eccesso di potere per travisamento della situazione di fatto e di diritto contemplata; difetto di pubblico interesse; violazione dei principi generali in materia di atti di ritiro ed in particolare del principio del *contrarius actus*; contraddittorietà tra atti; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere per carenza assoluta dei presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per omessa ponderazione della situazione contemplata; difetto di motivazione; altri profili;
2. violazione di legge; violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis della Legge n. 109/1994; eccesso di potere per contrasto con precedenti provvedimenti adottati dalla stessa amministrazione; illogicità manifesta; altri profili;
3. violazione di legge; violazione e falsa applicazione degli artt. 37 bis, 37 ter e 37 quater della Legge n. 109/1994; eccesso di potere per illogicità e carenza di pubblico interesse all'annullamento degli atti del procedimento di project financing; altri aspetti;
4. violazione di legge; violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis della Legge n. 109/1994; eccesso di potere per illogicità e carenza di interesse pubblico; altri aspetti;
5. violazione di legge; violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis sotto altri ed ulteriori aspetti; eccesso di potere per difetto di causa; sviamento dalla funzione; altri aspetti;
6. violazione di legge; violazione della normativa sopra richiamata sotto molteplici altri aspetti; violazione degli artt. 1, 3 e 21 nonies della Legge n. 241/1990; violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; eccesso di potere per contraddittorietà e per carenza assoluta di motivazione; difetto di istruttoria; altri profili.

Le società ricorrenti propongono, altresì, la domanda risarcitoria in epigrafe emarginata.

Il Comune di Ischia si è costituito con memoria, nella quale conclude per il rigetto del gravame.

Con successiva memoria, le ricorrenti hanno ribadito le proprie ragioni e pretese.

Con istanza notificata alla controparte e depositata il 14 marzo 2008, le medesime hanno rinunciato alla domanda di condanna al risarcimento dei danni.

Il ricorso, infine, è stato trattenuto per la decisione all'udienza pubblica del 19 marzo 2008.

DIRITTO

1. Con il gravame in trattazione, le società ricorrenti, nello stigmatizzare il cattivo esercizio del

potere di autotutela da parte del Comune di Ischia, concentrano le proprie pretese unicamente sulla domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati, avendo rinunciato alla connessa domanda risarcitoria.

Il ricorso è infondato e non merita accoglimento.

2. Prima di procedere alla disamina delle censure formulate dalle ricorrenti, è opportuno, al fine di meglio comprendere l'iter logico-giuridico seguito dall'amministrazione, riportare alcuni passaggi motivazionali della delibera commissariale n. 118/2007, recepiti anche dalla successiva determina dirigenziale n. 674/2007: *“Con delibera di G.M. n. 203 del 13.07.2005 il Comune ha manifestato, a seguito di avviso pubblico, la volontà di realizzare un parcheggio pluripiano alla via A. De Luca (ex Jolly). Le modalità di pubblicazione dell'avviso venivano stabilite nella determina dirigenziale 30.06.2004, n. 749, che modificando quelle (corrette) originariamente previste dalla determina dirigenziale del 16.06.2004, n. 699, disponeva la pubblicazione in modo difforme da quanto previsto dall'art. 37-bis legge 109/94 e dall'art. 80 d.P.R. 554/99. Più in particolare la determina disponeva la pubblicazione dell'avviso in versione integrale solo sulla G.U.C.E., e non anche sulla G.U.R.I., su un non meglio specificato sito internet, sul sito informatico del Comune e su quello individuato con D.P.C.M. ai sensi dell'art. 24 L. 340/00 nonché all'Albo Pretorio del Comune. Inoltre si stabiliva di pubblicare l'avviso, per estratto, su un solo quotidiano a diffusione nazionale. Per di più dalla ricognizione delle pubblicazioni effettuate, a cura del responsabile della 2^ area tecnica emerge che l'avviso è stato pubblicato solo all'Albo Pretorio, peraltro dal 17.06.2004 al 16.08.2004 pur sollecitando la presentazione di proposte entro il 30.06.2004. Con delibera di G.M. 13.7.2005, n. 203, peraltro previa modifica delle condizioni originarie relative al progetto dell'opera da realizzarsi – non preceduta da nuova pubblicazione – il Comune ha dichiarato di pubblico interesse la proposta presentata dalla A.D. progetti s.r.l., unica pervenuta all'ente. Il progetto è stato posto a base della licitazione privata bandita ai sensi dell'art. 37-quater L. 109/94, il cui bando veniva approvato con determina dirigenziale n. 12 del 9.1.2006. La gara è andata deserta e di tale esito è stato preso atto con determina dirigenziale n. 456 del 29.03.2006, demandando al RUP la predisposizione degli atti consequenziali; (...). Con nota in data 13.3.2007 n. 7100, del R.U.P. è stata data comunicazione di avvio del procedimento di annullamento degli atti relativi al project financing per la realizzazione del parcheggio pluripiano alla via A. De Luca (ex Jolly). L'avvio del procedimento è stato motivato dal mancato rispetto delle modalità di pubblicazione dell'avviso pubblico così come previste dall'art. 37 bis legge 109/94 e dall'art. 80 d.P.R.. 554/99 per la presentazione delle proposte. In particolare, l'avviso è stato pubblicato solo all'Albo Pretorio, peraltro dal 17.6.2004 al 16.8.2004 pur sollecitando la presentazione di proposte entro*

il termine del 30.06.2004 (e quindi in sostanza per soli 13 gg. utili) e, principalmente, senza rispettare le altre formalità di pubblicazione previste dall'art. 37-bis, comma 2-bis, L. 11.2.1994 n. 109 all'epoca vigente e dall'art. 80 del D.P.R. 21.12.1999 n. 554. Esaminate le osservazioni fatte pervenire dalla società in data 30.03.2007, con acquisizione al prot. gen. n. 8997; Ritenuto che le stesse non sono condivisibili, perché confermano le illegittimità riscontrate nel procedimento in relazione alla regolare diffusione dell'avviso pubblico, che l'ordinamento pone a garanzia della più ampia partecipazione. (...). Il mancato rispetto delle corrette modalità di pubblicazione dell'avviso ha quindi determinato la mancanza delle condizioni di sufficiente divulgazione dello stesso e non ha consentito la più ampia partecipazione alla selezione, che invece costituisce la garanzia per l'amministrazione nella scelta del miglior contraente. (...). Ritenuto che sussistono i motivi per l'annullamento dell'intera procedura, ravvisabili nel rispetto delle corrette modalità di pubblicazione e quindi nel ripristino della legalità violata, e nell'interesse pubblico concreto ed attuale che è in re ipsa perché la scelta del miglior contraente è coincidente con l'interesse pubblico alla corretta gestione delle risorse economiche, particolarmente rilevante considerato l'importo dei lavori e dell'opera da realizzare, specie in relazione alla durata della concessione proposta dall'impresa ed il rilevante valore dell'immobile che il Comune dovrebbe mettere a disposizione per la realizzazione dell'opera. Considerato che tale interesse pubblico è prevalente rispetto a quello del privato alla realizzazione e gestione dell'opera.”.

3. Ciò premesso in punto di fatto, non è privo di utilità richiamare i connotati giuridici salienti dell'istituto del project financing, come già individuati dalla giurisprudenza di questa Sezione: “Giovà, infatti, precisare che l'istituto del project financing trova la sua disciplina normativa negli artt. 37 bis ss., l. 11 febbraio 1994 n. 109 e consiste essenzialmente in un complesso procedimento di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte: a) in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati dall'art. 37 ter, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse; b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37 quater comma 1 lett. a), l. 11 febbraio 1994 n. 109; c) la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente. Nella prima di tali fasi la p.a. procedente gode di un'ampia discrezionalità, ma, ove nell'indire un avviso pubblico si sia autolimitata in ordine all'esercizio di detto potere discrezionale, non può poi non rispettare quanto previsto nell'avviso pubblico.”

(così TAR Campania Napoli, Sez. I, 2 ottobre 2006 n. 8431).

3.1 Orbene, facendo tesoro delle prefate notazioni, si deve ritenere che il momento dell'indizione dell'avviso pubblico, di cui all'art. 37 bis, comma 2 bis, della Legge n. 109/1994, sia preordinato a consentire lo svolgimento, ai sensi del successivo art. 37 ter, della fase di valutazione (anche comparativa) delle proposte di project financing presentate dai vari promotori.

In particolare, la predetta fase di valutazione si articola in due segmenti: una valutazione di idoneità tecnica della singola proposta ed, all'esito, una valutazione di rispondenza della stessa al pubblico interesse, condotta tenendo presente, in termini comparativi, le proposte prodotte dagli altri soggetti interessati. Ne discende che una proposta, pur giudicata idonea e fattibile sotto il profilo tecnico, potrebbe essere scartata in quanto ritenuta non conforme al pubblico interesse, a seguito dell'intervenuta valutazione comparativa (cfr. TAR Puglia Bari, Sez. I, 5 aprile 2006 n. 1117).

Tale ragionamento ha come corollario che la procedura di esame delle proposte di project financing, pur non essendo assimilabile *in toto* ai moduli tipizzati di scelta del contraente, deve rispondere ai canoni di imparzialità che connotano i procedimenti dell'evidenza pubblica; infatti, sebbene l'art. 37 ter non proceduralizza l'attività di valutazione dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, la necessità che il vaglio comparativo delle proposte si svolga all'insegna dei criteri di *par condicio* e trasparenza appare intrinseca alla stessa natura paraconcorsuale della fase di scelta del promotore, quale attività diretta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per la stazione appaltante (cfr. TAR Toscana, Sez. II, 2 agosto 2004 n. 2860).

In altre parole, attraverso l'esame comparativo delle proposte presentate, condotto nel rispetto dei summenzionati criteri, l'amministrazione è in grado di individuare il progetto che meglio si attaglia all'interesse pubblico, ed è di palmare evidenza che solo la più ampia partecipazione dei soggetti interessati alla realizzazione dell'opera pubblica riesce a soddisfare al massimo livello le esigenze della committenza, posta in tal modo nelle condizioni di poter effettivamente scegliere la più confacente fra le alternative possibili.

In ciò, o meglio nel collegamento logico-sistematico con l'art. 37 ter, deve essere colto anche il significato dell'art. 37 bis, e precisamente del comma 2 bis, laddove prescrive che l'avviso indicativo delle opere realizzabili con l'intervento dei capitali privati deve essere sottoposto a determinate forme di pubblicità, giacché solo con l'attivazione di tali canali informativi è possibile assicurare il più ampio spettro delle proposte valutabili ed, in definitiva, il rispetto dei fondamentali principi di trasparenza e concorrenzialità.

Ne discende che la *ratio* del citato comma 2 bis risiede tutta nella garanzia della massima

partecipazione degli interessati al fine di permettere all'amministrazione di compiere la migliore scelta comparativa, con la conseguenza che gli adempimenti pubblicitari previsti dalla norma in questione devono intendersi da un lato necessitati e dall'altro finalizzati al conseguimento non di una qualsiasi proposta progettuale ritenuta di interesse pubblico, ma della migliore proposta, fra quelle presentate, rispondente all'interesse pubblico.

D'altronde, è la stessa lettera della legge che prevede l'obbligatorietà delle forme di pubblicità e che affida all'avviso da pubblicare la funzione di predeterminare i criteri in base ai quali sarà prescelta la migliore proposta progettuale: “(...). **Fermi restando tali obblighi di pubblicazione, le amministrazioni aggiudicatrici hanno facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, nel rispetto dei principi di cui all'art. 1, comma 1, della presente legge. L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. (...).**” (art. 37 bis, comma 2 bis, della Legge n. 109/1994). Risultano, quindi, confermate testualmente sia l'imprescindibilità degli adempimenti pubblicitari in parola sia la loro finalizzazione a rendere partecipata e trasparente l'ulteriore fase di esame comparativo delle proposte.

È ovvio, infine, che la violazione di tali formalità partecipative si traduca in illegittimità procedimentale capace di inficiare non solo la fase di individuazione della proposta di interesse pubblico, ma anche quelle (successive) di scelta del soggetto realizzatore.

4. Così ricostruito il quadro giuridico in cui si colloca la presente controversia, si può dare finalmente ingresso allo scrutinio delle censure formulate in gravame, tese a prospettare la sussistenza negli atti impugnati dei vizi attinenti alla violazione e falsa applicazione delle disposizioni e dei principi già indicati in narrativa, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Si premette che è pacifico per le ricorrenti che l'amministrazione comunale, con la sola pubblicazione all'albo pretorio dell'avviso indicativo, non abbia ottemperato a tutte le formalità pubblicitarie previste dall'art. 37 bis, comma 2 bis, per la fase iniziale della procedura di project financing.

4.1 Con un primo gruppo di censure, le ricorrenti si dolgono sostanzialmente della mancanza del presupposto dell'illegittimità dei provvedimenti annullati in autotutela, non assurgendo il mancato espletamento di tutte le formalità di cui sopra a causa di invalidità, atteso che la pubblicità in parola potrebbe essere assicurata anche in forma “minima” e che lo scopo “sollecitatorio” della presentazione di proposte progettuali, insito nell'art. 37 bis, comma 2 bis, sarebbe comunque stato raggiunto dall'avvenuta produzione di proposta da parte della AD Progetti S.r.l.

In dettaglio, con riguardo al primo aspetto le ricorrenti, richiamando un precedente del Consiglio di Stato (Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847), evidenziano che “la massima evidenza pubblica (pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica, sui quotidiani nazionali e regionali – ovviamente proporzionale al valore economico dei lavori) deve avvenire al momento della pubblicazione del bando e non nella fase preliminare in cui si trova la procedura di project financing adottata dal Comune d’Ischia, fase in cui deve ancora concretizzarsi la proposta progettuale in sede della fase procedimentale prevista dall’art. 37 bis cit., anche come novellato (fase in cui può essere adottata anche una pubblicità minima)”.

L’argomento è destituito di fondamento.

Innanzitutto, il precedente giurisprudenziale richiamato risolve una questione di diritto intertemporale, relativa all’applicabilità del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, non assimilabile al caso di specie; in secondo luogo, è stato già precisato che la massima evidenza pubblica, tradotta negli adempimenti pubblicitari di cui all’art. 37 bis, comma 2 bis, deve essere obbligatoriamente assicurata già durante la fase preliminare di scelta della proposta confacente all’interesse pubblico, non contemplando la legge la possibilità di adottare in alternativa una sorta di “pubblicità minima”, dai connotati giuridici peraltro incerti.

Con riferimento al rimanente aspetto, le ricorrenti sostengono che “la natura dell’avviso di cui al comma 2 dello stesso articolo è solo quello di rendere noto la presenza all’interno della programmazione comunale di opere realizzabili con capitali privati, appena dopo l’approvazione del programma triennale delle opere pubbliche, e ciò al fine di sollecitare la presentazione delle proposte sulla base delle quali esperire pubbliche gare per l’affidamento della concessione”.

La tesi non merita condivisione.

Il Collegio si limita a ribadire che funzione propria della disposizione in argomento non è quella di “sollecitare” la presentazione di una qualsivoglia proposta in ipotesi rispondente al pubblico interesse, ma quella di rendere possibile la più ampia acquisizione di proposte tra le quali scegliere quella che, comparativamente, meglio soddisfa le pubbliche esigenze, dovendo la *ratio* della norma essere ricavata dalla connessione logico-sistematica con il successivo art. 37 ter.

Ne deriva che lo scopo della norma non può dirsi raggiunto con la sola pubblicazione dell’avviso all’albo pretorio e la conseguente presentazione di un’unica proposta, come ritenuto dalle ricorrenti.

Pertanto, il Collegio non può non concludere nel senso, fatto proprio dall’amministrazione nei provvedimenti impugnati, che l’incompleto assolvimento delle formalità di pubblicazione dell’avviso indicativo di cui all’art. 37 bis, comma 2 bis, si riverbera nell’illegittimità dell’intera procedura di project financing.

4.2 Con un secondo gruppo di censure, le ricorrenti lamentano che l'amministrazione avrebbe agito in assenza dell'interesse pubblico specifico all'autoannullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica, come sarebbe dimostrato dalle seguenti circostanze: a) raggiungimento dello scopo attraverso l'acquisizione di una proposta progettuale comunque giudicata conforme al pubblico interesse; b) mancata emersione di un sopravvenuto interesse pubblico contrario o della riponderazione dell'interesse pubblico originario; c) stadio della procedura giunto alla fase di affidamento dell'opera in concessione; d) mancanza di un interesse pubblico "astratto" al corretto svolgimento delle varie fasi procedurali, non avendo alcuno esternato l'interesse a partecipare alla gara indetta dopo l'approvazione della proposta presentata dalla AD Progetti S.r.l.

Inoltre, le medesime aggiungono che sarebbe stata omessa anche la ponderazione del contrapposto interesse privato al mantenimento degli atti di gara.

Le doglianze non hanno pregio.

Il Collegio osserva, in adesione alla giurisprudenza della Sezione, che sia la revoca sia l'annullamento d'ufficio di una gara d'appalto, intervenuti (come nel caso di specie) prima dell'aggiudicazione definitiva e quindi su atti endoprocedimentali, non richiedono una specifica motivazione dell'interesse pubblico, giustificandosi *ex se* in base alla sola dichiarata sopravvenuta inopportunità o riscontrata esistenza di vizi di legittimità, in difetto di qualsiasi effetto di consolidamento dei risultati della gara (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 8 febbraio 2006 n. 1794).

Né, tantomeno, è giuridicamente apprezzabile, nelle more dell'aggiudicazione definitiva e del concreto inizio dell'attività oggetto d'appalto, il contrapposto interesse del privato alla conservazione degli atti di gara, atteso che non è ravvisabile in capo al medesimo alcuna posizione consolidata che possa postulare il riferimento ad un interesse pubblico prevalente, giustificativo del sacrificio dell'interesse privato (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 25 marzo 2005 n. 2132). Infatti, solo con l'intervento dell'aggiudicazione definitiva l'interessato acquista una posizione giuridica qualificata, meritevole di specifico apprezzamento, potendo fino a quel momento vantare nient'altro che una mera aspettativa alla conclusione in suo favore del procedimento di evidenza pubblica (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. III, 1° settembre 2004 n. 8142).

Tuttavia, anche non ragionando nell'ottica del mero ritiro di atti endoprocedimentali, ma applicando al caso di specie i tradizionali principi dell'annullamento in autotutela (oggi cristallizzati nell'art. 21 nonies della Legge n. 241/1990), si giunge a conclusioni non favorevoli per le ragioni delle ricorrenti.

È dirimente sottolineare che l'interesse pubblico specifico all'annullamento è ben evidenziato in entrambi gli atti impugnati e coincide con l'interesse pubblico, garantito dall'art. 37 bis, comma 2

bis, della Legge n. 109/1994, alla più ampia partecipazione alla selezione preliminare, al fine di pervenire all'acquisizione del miglior progetto presentato e, quindi, alla scelta del miglior contraente; né è superfluo considerare che tale scelta si innesta, come giustamente argomentato dalla stessa amministrazione, sul concomitante interesse pubblico alla corretta gestione delle risorse economiche, da impegnare in relazione al rilevante importo dei lavori, alla durata della stipulanda convenzione, nonché al valore dell'immobile comunale da mettere a disposizione per la realizzazione dell'opera. Coglie nel segno l'eccezione della difesa dell'amministrazione comunale, secondo la quale "in realtà lo scopo evidenziato nel provvedimento ingiustamente impugnato attiene alla necessità di consentire anche ad altri soggetti, diversi dal ricorrente, di poter partecipare alla gara e ciò in ossequio al principio di massima partecipazione e nell'interesse pubblico e dell'ente medesimo al fine di poter scegliere un contraente a condizioni probabilmente migliori".

Non assumono, pertanto, alcuna rilevanza le circostanze addotte dalle ricorrenti a sostegno della mancanza dell'interesse pubblico specifico, giacché: aa) l'interesse pubblico sotteso agli artt. 37 bis e ter della Legge n. 109/1994 non può intendersi soddisfatto con la mera acquisizione di una proposta di project financing, seppure giudicata conforme alle esigenze di pubblico interesse, quando, come nella fattispecie, siano state comunque frustrate le garanzie di massima partecipazione alla selezione preliminare e di (conseguente) scelta del miglior progetto possibile; bb) il sopravvenuto interesse pubblico contrario o la riponderazione dell'interesse pubblico originario sono elementi che acquistano rilievo solo in occasione dell'esercizio del diverso potere di revoca; cc) il fatto che la procedura sia pervenuta alla fase determinativa dell'affidamento in concessione non inibisce di per sé l'esercizio del potere di autotutela, attivabile, in ipotesi, anche dopo l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 4 maggio 2005 n. 2161; TAR Campania Napoli, n. 1794/2006 cit.); dd) il fatto che nessuno abbia manifestato interesse alla licitazione privata bandita dopo l'approvazione dell'iniziativa della AD Progetti S.r.l., è circostanza totalmente ininfluenza sullo specifico interesse pubblico a conseguire la massima partecipazione alla fase di presentazione delle proposte di project financing.

Infine, risulta sufficientemente ponderata anche la contrapposta posizione della società promotrice, laddove nei provvedimenti gravati è offerto idoneo spazio agli esiti della partecipazione procedimentale intervenuta a seguito della comunicazione di avvio del procedimento, nonché al giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico specifico sull'interesse privato alla realizzazione e gestione dell'opera.

4.3 Con un terzo gruppo di censure, le ricorrenti denunciano i seguenti ulteriori vizi: e) il mancato

rispetto del termine ragionevole per l'esercizio del potere di autoannullamento, previsto dall'art. 21 nonies della Legge n. 241/1990 in ragione dell'affidamento del privato; f) il difetto di motivazione, essendo la stessa insufficiente, pretestuosa e/o apparente; g) la violazione dei principi di efficienza e di buon funzionamento della pubblica amministrazione, contemplati agli artt. 1 della Legge n. 241/1990 e 97 della Costituzione, "considerato in particolare che gli atti impugnati annullano su un falso presupposto l'intera procedura di project financing giunta alla fase conclusiva di aggiudicazione della concessione".

Tutte le suddette doglianze sono prive di fondamento.

Il Collegio si limita a formulare le seguenti contrarie osservazioni: ee) non vi è alcun margine per ritenere violato il termine ragionevole, poiché nel caso di specie non è stato annullato in autotutela alcun atto conclusivo della procedura di evidenza pubblica, ma solo atti endoprocedimentali nei cui confronti si è già detto che non sono ravvisabili posizioni consolidate del privato, suscettibili di determinare affidamento; ad ogni modo è decisivo rilevare che tra la data del primo atto annullato (16 giugno 2004) e l'epoca di adozione dei provvedimenti di autotutela (maggio 2007) è decorso un lasso di tempo non eccessivo, pari a circa tre anni; ff) la motivazione dei provvedimenti gravati è tutt'altro che difettosa, distinguendosi, anzi, per la sua esaustività in ordine a tutti i profili rilevanti in materia di autotutela, come, d'altronde, emerge *per tabulas* dai passaggi della stessa sopra riportati; gg) perde consistenza anche la censura di cui al punto g), poiché si è diffusamente dimostrato che l'esercizio del potere di autoannullamento si è fondato sul (vero) presupposto dell'illegittimità della procedura di project financing fino ad allora espletata.

4.4 Resta da esaminare la censura di incongruenza della motivazione, nella parte in cui rappresenta che nell'avviso pubblico sono stati illegittimamente assegnati solo 13 giorni utili per la presentazione delle proposte: le ricorrenti sostengono che l'amministrazione non avrebbe considerato che i soggetti interessati avrebbero potuto comunque attivarsi entro il 31 dicembre 2004, e non necessariamente entro il precedente 30 giugno.

La presente censura non riesce a scalfire la legittimità degli atti impugnati, giacché gli stessi risultano sufficientemente sorretti dal restante corredo motivazionale, incentrato sull'omessa osservanza delle formalità di pubblicazione dell'avviso.

5. In conclusione, resistendo i provvedimenti impugnati a tutte le censure articolate in questa sede, il ricorso deve essere respinto per infondatezza.

Sussistono giusti motivi, attesa la complessità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

