

Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 6 dicembre 2010, n. 8554.

Sulle caratteristiche del project financing e sulle regole che ne disciplinano lo svolgimento prima e dopo l'individuazione del promotore.

Il project financing (finanza di progetto) consiste in un'operazione finanziaria attraverso la quale le Pubbliche Amministrazioni realizzano opere pubbliche il cui onere finanziario è parzialmente o totalmente a carico del privato, sulla base di un piano finanziario in grado di garantire l'autofinanziamento dell'operazione stessa. Originariamente disciplinato negli articoli 37 bis e ss. della Legge Quadro in materia di Lavori Pubblici (L. n. 109/1994), è oggi contemplato nell'articolo 153 e ss. del Codice dei Contratti Pubblici. La norma da ultimo citata prevede, in particolare, che l'Amministrazione aggiudicatrice, al fine di pervenire all'individuazione del soggetto realizzatore dell'opera pubblica, può seguire due diverse procedure: quella a gara unica, prevista e disciplinata nei commi 1-14 e la procedura a doppia gara, individuata nel successivo comma 15.

La procedura a gara unica si snoda attraverso le seguenti fasi: 1) l'ente appaltante, anzitutto, pubblica un bando di gara, ponendo a base dello stesso uno studio di fattibilità (strumento attuativo del programma triennale dei lavori nel quale devono riportarsi le analisi dello stato di fatto dei lavori programmati sotto il profilo storico-artistico, architettonico, paesaggistico, di sostenibilità ambientale, socio-economica, amministrativa e tecnica); 2) indi, prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; 3) redige una graduatoria secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; 3) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, sottoponendolo a conferenza di servizi, ex articoli 14-bis e seguenti della l.n. 241/1990; 4) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula del contratto di concessione; 6) qualora il progetto debba essere modificato, richiede al promotore di procedere, stabilendone anche i termini: alle modifiche progettuali stabilite in sede di conferenza di servizi, ad adeguare il piano economico-finanziario, a svolgere tutti gli adempimenti di legge, anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. La predisposizione di tali modifiche e lo svolgimento di tali

adempimenti, in quanto onere del promotore, non comporta alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute ed indicate nel piano economico-finanziario per la predisposizione delle offerte. 7) Qualora le modifiche proposte non siano accettate dal promotore, l'amministrazione aggiudicatrice, fissando il termine per la risposta, ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria la disponibilità a stipulare il contratto di concessione, previa modifica del progetto preliminare del promotore, eventuale adeguamento del piano economico-finanziario nonché svolgimento di tutti gli adempimenti di legge.

Quindi, se il progetto preliminare può essere approvato così come presentato in gara, l'amministrazione ha l'obbligo di stipulare il contratto di concessione col promotore; in caso contrario, se il progetto necessita di modifiche, è onere del promotore effettuare le modifiche e, così operando, egli mantiene il diritto di stipulare il contratto.

Parzialmente diversa la procedura a doppia gara. In essa, l'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver proceduto ad individuare il promotore seguendo gli stessi passaggi sopra evidenziati, procede a mettere a base di gara il progetto precedentemente approvato. Quindi: la stazione appaltante pubblica un bando, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e il piano economico finanziario; ove non siano state presentate offerte (che avranno ad oggetto proposte di miglioramento di tipo tecnico-economico del progetto preliminare e della convenzione) il contratto è aggiudicato al promotore; ove siano state presentate una o più offerte, il promotore può, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del miglior offerte, aggiudicandosi il contratto. In questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al miglior offerente, a spese del promotore, i costi sostenuti per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo, dell'articolo 153 del Codice. Ove il promotore non adegui entro detto termine la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, i costi sostenuti nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo dell'art. 153 del Codice.

Orbene, nella pronuncia in esame il Collegio ritiene che la procedura di project financing possa idealmente essere divisa in due parti: la prima tesa all'individuazione del soggetto (promotore o terzo) che si aggiudica il progetto e la seconda, di natura strettamente privatistica, che inizia dalla stipula della convenzione, regolata dalle norme contenute nella stessa. Questa distinzione, precisa il Collegio, è utile al fine di individuare gli strumenti utilizzabili per reagire ad un eventuale inadempimento amministrativo in fase pre o post contrattuale: nel primo caso, l'illegittimo operato dell'amministrazione potrà essere contestato tramite richiesta all'Amministrazione medesima di esercitare i poteri di autotutela che le sono propri e ritirare l'atto di aggiudicazione illegittimo; nel secondo caso, invece, l'inadempimento contrattuale potrà essere fatto valere secondo le modalità previste dalla convenzione e dal codice civile, essendosi, per l'appunto, in una fase regolata da norme prettamente privatistiche.

Riferisce, infatti il Collegio: *“il meccanismo che caratterizza l'istituto del progetto di finanza, come specificamente indicato negli artt. 37 bis e seguenti dell'allora vigente legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni, prevede due distinte fasi: una fase pubblicistica per la scelta del promotore, che si conclude con l'affidamento della concessione al soggetto vincitore dell'apposita sequenza di evidenza pubblica, e una successiva fase di natura prettamente privatistica, per la quale viene sottoscritta una convenzione con la quale si stabiliscono, per l'esecuzione delle attività di cui alla concessione, una serie di contrapposte obbligazioni e dove si individuano le ragioni (e il relativo procedimento) per contestare inadempimenti, per diffidare all'esecuzione di prestazioni e anche per dare corso alla eventuale risoluzione della convenzione, qualora gli inadempimenti siano così gravi da non poter essere considerati superabili con l'applicazione delle altre misure.*

Sulla base di questa premessa di fatto, che poi costituisce la base su cui è costruita la fattispecie che successivamente è sfociata nel contenzioso giudiziario, al momento da decidere da parte del Collegio, si individuano le conseguenze necessitate della stessa.

E cioè: le due serie vanno tenute rigorosamente distinte, per cui, qualora si dovessero individuare vizi nel procedimento che ha condotto all'aggiudicazione della concessione, per mezzo di “project financing”, al concessionario, indubbiamente soccorrono tutti i mezzi tipici per poter procedere in autotutela da parte dell'Amministrazione al fine di caducare l'aggiudicazione, con la conseguenza del venir meno anche della successiva ed adesiva convenzione, che non ha una sua autonomia propria, ma trae la sua esistenza dall'esistenza della concessione, mentre, qualora si

verifichino inadempimenti della convenzione, senza che essi tocchino in qualche modo la precedente concessione e il relativo procedimento, questi inadempimenti possono colpire esclusivamente la convenzione, nella misura che si riterrà, a seconda delle circostanze, potendo quindi anche arrivare alla risoluzione della stessa convenzione, sulla base evidentemente delle norme inserite nella convenzione stessa, che prevedono la reazione delle parti allorquando l'inadempimento risulti verificato, contestato e non sanabile in qualche modo, sempre secondo le specifiche indicazioni della convenzione stessa.

E' fuori discussione, naturalmente, che qualora si proceda alla risoluzione della convenzione per intervenuto inadempimento, che la concessione risulta priva dello sbocco suo tipico, per cui la stessa, pur corretta, da un punto di vista pubblicistico, non ha più possibilità di essere eseguita e, da qui, la conseguenza della sua inefficacia in concreto”.

Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 3 dicembre 2010, n. 8532.

Sulla differenza tra improcedibilità per cessazione della materia del contendere e improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Prima di scendere nell'esame della pronuncia in commento occorre soffermarsi su due importanti istituti del diritto processuale: l'interesse ad agire e l'improcedibilità del giudizio.

La condizione dell'azione nota come “interesse ad agire” deve sussistere, nel giudizio amministrativo, non solo nel momento in cui è proposto il ricorso, ma anche nel momento della prolazione della decisione.

A ciò si aggiunga che l'oggetto specifico dell'attuale condizione generale di legittimità è l'annullamento degli atti amministrativi. La giurisdizione generale di legittimità è, infatti, giurisdizione di annullamento di atti amministrativi e non anche giurisdizione di mero accertamento dell'illegittimità di questi ultimi, di tal che nel vigente sistema processuale non è ammissibile un giudizio che tenda solo all'accertamento dell'illegittimità degli atti, svincolato dall'annullamento degli stessi, con la conseguenza che, di regola, ove l'atto impugnato in sede giurisdizionale venga rimosso in via di autotutela, viene meno l'oggetto del processo, con conseguente improcedibilità del ricorso.

Sul punto, però, occorre svolgere alcune considerazioni.