

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 20 aprile 2012, n. 2337.

Sul termine di proposizione del rito avverso il silenzio.

Il project financing (finanza di progetto) è 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: 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); indi, prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; redige una graduatoria secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; 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; quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula del contratto di concessione; 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. 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.

L'obbligo della Pubblica Amministrazione di provvedere e di concludere il procedimento con l'emanazione di un provvedimento espresso sussiste nei casi previsti dall'articolo 2, comma 1 della legge n. 241/1990, ovvero quando “... *il*

procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio”.

Nell'ipotesi di violazione di detto obbligo si configura un'ipotesi di silenzio – inadempimento, che legittima il privato ad esperire il ricorso avverso il silenzio.

L'azione contro il silenzio era originariamente disciplinata dall'articolo 21 bis della legge T.A.R., introdotto dalla legge n. 205/2000, oggi sostituito dagli articoli 31 e 117 c.p.a. Sono queste le norme che oggi disciplinano il rito sul silenzio. In particolare, dal combinato disposto dell'articolo 117 e dell'articolo 31 c.p.a. emerge che: il ricorso avverso il silenzio-inadempimento della P.A. è un ricorso con cui si chiede al giudice l'accertamento dell'obbligo della P.A. di provvedere; il ricorso va proposto, anche senza previa diffida, tramite notifica all'Amministrazione e ad almeno un controinteressato; l'azione può essere proposta fin tanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento; rientrano nei poteri del giudice amministrativo: quello di accertare la sussistenza dell'obbligo della P.A. di provvedere; quello di ordinare alla P.A. di provvedere entro un termine, di norma non superiore a trenta giorni; quello di nominare un commissario *ad acta* o con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza di parte; quello di pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, ma solo quando si tratta di attività vincolata o quando non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari ulteriori adempimenti istruttori da parte dell'Amministrazione (poteri del giudice). Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, questo può essere impugnato con motivi aggiunti e l'intero giudizio prosegue con il rito ordinario (in questo caso, il giudice ha l'obbligo di convertire il rito camerale in rito ordinario). Si noti, peraltro, che l'emanazione di qualsiasi provvedimento, soddisfacente o non delle istanze del ricorrente, o viene impugnato (con motivi aggiunti o con separato ricorso) o determina la cessazione della materia del contendere perché l'istante aveva agito per chiedere un provvedimento. Non determina, invece, la

cessazione della materia del contendere l'emanazione di un atto meramente istruttorio o interno (Consiglio di Stato, 18 febbraio 2010, n. 966). Se, contestualmente all'azione contro il silenzio viene proposta l'azione di condanna, il giudice amministrativo può definire l'azione avverso il silenzio con il rito camerale e trattare la domanda risarcitoria con il rito ordinario (in questo caso, il giudice amministrativo non ha l'obbligo ma solo la facoltà di convertire il rito camerale in rito ordinario).

A ciò si aggiunga che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sul rito *contra silentium* è espressamente prevista dall'articolo 7 c.p.a. che estende il campo della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie attinenti "il mancato esercizio del potere".

Infine, l'articolo 87, 2° comma lett. b) prevede che il rito del silenzio va trattato in camera di consiglio. Per tutti i procedimenti che si trattano in camera di consiglio tutti i termini processuali sono dimezzati rispetto a quelli del processo ordinario, tranne, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. La camera di consiglio è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intimato. Nella camera di consiglio sono sentiti i difensori che ne fanno richiesta.

Le disposizioni riportate scolpiscono un rito accelerato che si contraddistingue per la trattazione del ricorso in camera di consiglio, l'imposizione di un termine breve per la pronuncia, i termini abbreviati per la proposizione dell'appello. Si tratta, inoltre, di un rito camerale articolato in due fasi: la fase di cognizione sommaria che si conclude con una sentenza in forma semplificata (cioè succintamente motivata) con la quale viene ordinato alla Pubblica Amministrazione di adempiere entro un termine che non deve essere di norma superiore a trenta giorni e la fase dell'ottemperanza, come si desume dalla possibilità di nominare un commissario che provveda in luogo dell'amministrazione inadempiente pur a seguito della condanna a provvedere.

Si noti l'assoluta novità rispetto al passato costituita dalla possibilità, oggi espressamente prevista dal citato articolo 117, 1° comma c.p.a., di nominare un commissario *ad acta* già in sede decisoria e non su apposita richiesta successiva all'inadempimento della P.A. Il vecchio testo dell'articolo 21 bis, 2° comma 1. T.a.r. prevedeva, infatti: *“In caso di totale o parziale accoglimento del ricorso di primo grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a trenta giorni. Qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provveda in luogo della stessa”*.

Sotto il profilo processuale, l'articolo 31 ha pianamente recepito la disposizione introdotta dalla l.n. 15/2005 secondo cui: *“L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”*.

Si tratta di una questione che, prima dell'entrata in vigore della l.n. 15/2005 era stata oggetto di un ampio dibattito: secondo i fautori della tesi della decadenza, il silenzio – rifiuto serbato dalla P.A. su un'istanza procedimentale aveva valore provvedimentale, per cui il ricorso giurisdizionale proposto a seguito di esso andava notificato, a pena di decadenza, entro il sessantesimo giorno dalla sua formazione, decorrente dalla scadenza di quello assegnato dalla P.A. stessa nell'atto di diffida; secondo i sostenitori della tesi della non decorrenza del termine, l'interessato poteva rivolgersi al plesso giurisdizionale amministrativo fintantoché persisteva l'inadempimento della P.A., permanendo in capo a questa il potere – dovere di pronunciarsi sull'istanza; infine, stante il carattere illecito della condotta della P.A., secondo la tesi minoritaria andava applicato, anziché il termine di decadenza di sessanta giorni, l'ordinario termine di prescrizione.

Nella sentenza in rassegna il Consiglio di Stato ha rilevato che poiché il termine ultimo a disposizione della Pubblica Amministrazione, previsto dalla

legge e riproposto nel bando, per provvedere sulle offerte di project financing è di quattro mesi, è alla scadenza di detto termine che comincia a decorrere l'anno entro il quale il ricorrente deve esperire il ricorso di cui all'articolo 31 c.p.a. Un eventuale ricorso proposto oltre detto termine è intempestivo è, dunque, inammissibile: *“In sintesi, se è pur vero che in base all'art. 2, della l. n. 241 del 1990, l'amministrazione comunale è tenuta a concludere il procedimento di project financing con un provvedimento espresso, da adottarsi nel termine fissato dalla legge e ripetuto nell'avviso di progetto, di quattro mesi dalla ricezione delle istanze degli interessati, la tutela giurisdizionale degli interessati a fronte dell'inerzia dell'amministrazione va esercitata nei termini e nei modi di cui all'art. 31 c.p.a., con conseguente inammissibilità dell'azione ove esperita al di fuori di tali regole”*.