

## In materia di decorrenza del termine per impugnare il silenzio serbato dall'Amministrazione in relazione ad una procedura di assegnazione di una concessione in finanza di progetto

di Luigi D'Ottavi

Data di pubblicazione: 28-8-2016

1. La violazione dell'obbligo di concludere il procedimento comporta la possibilità di adire il giudice ai sensi dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 e degli artt. 31 e 117 c.p.a. per la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

2. Ove sussistano circostanze che potrebbero determinare l'avvio di un procedimento d'ufficio l'obbligo di concluderlo con un provvedimento espresso nei termini di legge viene in essere nel momento in cui l'amministrazione abbia ritenuto di dover procedere comunicando il suo avvio ai diretti o potenziali interessati.

3. Ai sensi della previgente normativa in tema di finanza di progetto (art. 37 *quater* l. n. 109 del 1994, art. 155 d.lgs. n. 163 del 2006), il *dies ad quem* per la conclusione del procedimento d'ufficio avviato dall'amministrazione era individuabile trascorsi 90 giorni dalla individuazione della proposta di pubblico interesse all'esito dei quali l'ente procede ad indire una gara sulla base del progetto preliminare presentato dal promotore (c.d. "seconda fase"), ovvero, nel caso di successiva revoca della predetta sub-procedura, dalla data in cui risulta intervenuto tale provvedimento di autotutela.

4. Una volta individuato il *dies ad quem* per la conclusione del procedimento il termine di decadenza per la proposizione del ricorso avverso il silenzio non può essere interrotto da un qualunque atto volto a sollecitare la conclusione del procedimento, così come il termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento di un atto non può essere interrotto da istanze volte ad ottenere dall'amministrazione l'annullamento in autotutela dell'atto stesso.

La sentenza in commento ha dichiarato irricevibile, per avvenuta decorrenza dei termini di impugnazione, il ricorso di un soggetto promotore presentato nell'ambito di una procedura di finanza di progetto avviata d'ufficio, ai fini della realizzazione in concessione di una linea

metropolitana (nella fattispecie Linea D della metropolitana di Roma).

La decisione, dopo aver ricostruito il complesso *iter* avviato nel 2005, successivamente proseguito con l'individuazione della pubblica utilità della proposta e l'attivazione del sub procedimento di messa in competizione dell'offerta, poi oggetto di revoca, si è soffermata sulla ritualità della notifica del ricorso proposto avverso il silenzio serbato dall'amministrazione aggiudicatrice in relazione alle istanze-diffide proposte.

In particolare con il ricorso il promotore ha chiesto la giustiziabilità del silenzio e la condanna degli enti preposti alla conclusione del procedimento in relazione alla mancata risposta sulle richieste di avvio di nuova seconda fase di aggiudicazione dell'offerta presentata dal promotore, stante l'avvenuta revoca della precedente, nonché, in via subordinata, in relazione alle domande di indennizzo derivanti dall'interruzione della procedura.

Nel caso di specie il TAR, dopo aver inquadrato normativamente il termine per la proposizione del silenzio (ai sensi dell'art. 31 c.p.a. fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento), si è soffermato sull'applicabilità del medesimo in relazione alle specifiche previsioni normative dettate dal codice dei contratti pubblici in materia di finanza di progetto.

Più precisamente, ai sensi dei previgenti artt. 37 *quater* della L. n. 109/94 e dell' art. 155 del D.lgs. n. 163/06, il termine di decorrenza per l'azione in materia di silenzio è stato correttamente individuato all'esito dei novanta giorni successivi all'individuazione della proposta di pubblico interesse da parte del promotore all'esito del quale viene attivata la seconda fase di gara ponendo in competizione il progetto preliminare predisposto dal privato. Peraltro, tenuto conto che nel caso di specie risultava intervenuta la revoca di tale *sub* procedimento, si è ritenuto individuare il predetto *dies ad quem* dalla data di intervento dell'atto di autotutela.

Conseguentemente, avuto riguardo alla proposizione del ricorso, ampiamente successivo alla scadenza individuata, si è dichiarato irricevibile il gravame.

All'uopo il TAR ha infatti chiarito che se fosse possibile operare un "recupero" del predetto termine di azione per la giustiziabilità del silenzio, in relazione al mancato riscontro di istanze e diffide proposte tardivamente, si giungerebbe ad una illogica e paradossale conseguenza: per coerenza, infatti, sarebbe anche necessario ritenere rituale l'interruzione del termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento di un atto all'esito di presentazione di successive domande di autotutela, ipotesi correttamente giudicata inconferente.

Sul punto, ad avviso dei giudici, non è peraltro secondaria la circostanza per cui il termine per la giustiziabilità del silenzio è di apprezzabile estensione, considerata pertanto la

configurabilità piena, nell'ambito della tutela giurisdizionale dei diritti, di un equo contemperamento tra le legittime istanze dei privati e la superiore esigenza di stabilità dell'azione amministrativa.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15176 del 2015, proposto da:

Società Italiana per Condotte d'Acqua Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Impresa Pizzarotti & C Spa e RATP Development S.A., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Rinascimento, 11;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi, domiciliata presso l'Avvocatura Capitolina in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Roma Metropolitane Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e

difesa dagli avvocati Giuseppe Giuffrè e Luigi Strano, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via degli Scipioni, 288;

per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio

tenuto da Roma Metropolitane Srl e Roma Capitale sull'istanza del 4 giugno 2015 relativa alle determinazioni da assumersi in ordine alla procedura in corso per la concessione in finanza di progetto della realizzazione e gestione della linea D della Metropolitana di Roma, in cui la ricorrente è stata selezionata quale promotore

e per la conseguente condanna a provvedere con riserva di danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Roma Metropolitane Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente espone, tra l'altro, che:

- il Comune di Roma, con deliberazione di Consiglio Comunale 10 gennaio 2005 n. 1, ha avviato l'intervento della linea D della Metropolitana attraverso lo strumento della finanza di progetto (artt. 37 bis e ss della legge n. 109 del 1994, individuando in capo a Roma Metropolitana le funzioni di stazione appaltante;

- con delibera di Consiglio Comunale n. 333 del 20 dicembre 2005, l'opera è stata inserita nella programmazione triennale 2006-2008, con specifico riferimento alla procedura di project financing;

- con delibera 2 marzo 2006, n. 60, il Consiglio Comunale ha approvato il piano finanziario programmatico di riferimento;

- l'avviso di project financing è stato pubblicato nell'aprile 2006 sulla GUCE e sulla GURI e, a

seguito della presentazione delle offerte e della relativa valutazione, è risultata prima in graduatoria la proposta del RTI ricorrente, per cui, nella seduta del 6 febbraio 2007, il Consiglio di Amministrazione di Roma Metropolitane ha approvato la graduatoria individuando detto RTI quale promotore;

- con delibera di Giunta Comunale 21 marzo 2007, n. 110, sono stati approvati gli atti della procedura ed è stata dichiarata la sussistenza del pubblico interesse con riferimento alla proposta presentata dal Raggruppamento, che ha così assunto il ruolo definitivo di promotore,

- con nota del 19 dicembre 2007, Roma Metropolitane ha chiesto al RTI promotore di integrare il progetto preliminare secondo le indicazioni riportate nell'ordinanza del Commissario delegato del 30 gennaio 2007;

- il Sindaco – Commissario Straordinario di Roma Capitale, con ordinanza n. 172 del 13 maggio 2009, ha approvato il progetto preliminare integrato, unitamente alla variante urbanistica;

- il RTI ricorrente, in data 15 maggio 2009, su richiesta di Roma Metropolitane, ha accettato le modifiche e le integrazioni introdotte al progetto, ha inviato i piani economici finanziari aggiornati e asseverati, ha dichiarato l'impegno ad assumere il ruolo di concessionario ed ha dichiarato il possesso dei requisiti di concessionario;

- Roma Metropolitane, con nota del 23 luglio 2009, ha richiesto al RTI promotore di aggiornare e rinnovare le cauzioni a suo tempo presentate;

- Roma Metropolitane, in data 6 agosto 2009, ha dato avvio alla sub fase, ex art. 37 quater legge n. 109 del 1994, per l'individuazione dei soggetti da porre in competizione con il promotore e, in data 8 agosto 2009, il bando per la scelta dei competitori è stato pubblicato sulla G.U.U.E;

- Roma Metropolitane, in data 11 giugno 2010, ha trasmesso ai due concorrenti nella sub fase le lettere di invito fissando la data di presentazione dell'offerta tecnico-economica per il giorno 30 novembre 2010;

- Roma Metropolitane, con delibera del CdA del 26 ottobre 2012, ha deliberato la revoca della sola sub fase finalizzata alla selezione dei concorrenti del promotore, precisando che l'azione di annullamento non incide sul titolo di promotore acquisito dalla costituenda ATI Condotte per effetto della gara di prima fase svolta nel 2006 e della conseguente dichiarazione di pubblico interesse effettuata dalla Giunta Comunale con la delibera n. 100/07;

- RTI Condotte, in data 19 settembre 2013, avendo la stazione appaltante annunciato un imminente nuovo bando per la rinnovazione della sub fase di scelta, ha sollecitato Roma Metropolitane a porre in essere quanto di propria competenza;

- con successivo atto di diffida a provvedere del 4 giugno 2015, la ricorrente ha intimato a Roma Metropolitane e per quanto occorresse a Roma Capitale di dare impulso e concludere la

procedura anche in considerazione degli ingenti danni che lo stallo sta causando;

- a seguito di ulteriore silenzio, la diffida è stata rinnovata in data 30 settembre 2015 senza che Roma Capitale e la stazione appaltante abbiano assunto alcuna determinazione.

Pertanto - rilevato che la stazione appaltante ha espressamente revocato la sub fase di scelta dei competitori facendo espressamente salvo il ruolo del promotore individuato, che l'eventuale definitiva interruzione del procedimento comporta l'obbligo di indennizzo/risarcimento nei confronti del promotore, che anche le ultime comunicazioni sono meramente interlocutorie e che la ricorrente ha diffidato a conclusive determinazioni con atti del 4 giugno 2015 e del 30 settembre 2015, mentre ad oggi nessuna determinazione è stata assunta – ha chiesto che sia ordinato, per le rispettive competenze, agli enti intimati di concludere il procedimento assegnando un termine non superiore a trenta giorni.

Le controparti si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso.

Le parti hanno depositato altre memorie anche in relazione alla possibile irricevibilità del ricorso per tardività prospettata dal Collegio, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., alla camera di consiglio del 18 maggio 2016.

Alla camera di consiglio del 6 luglio 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è irricevibile in quanto proposto tardivamente.

Infatti, ai sensi dell'art. 31, comma 2, c.p.a., l'azione avverso il silenzio può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento, mentre, nella fattispecie, è stata proposta oltre detto termine di decadenza.

Il primo comma dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 detta la norma fondamentale sull'obbligo di provvedere in quanto dispone che, ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso, sicché l'obbligo di concludere il procedimento nei termini stabiliti dalla norma sussiste solo quando vi è l'obbligo di avviare il procedimento, atteso che l'esercizio del potere amministrativo non sempre è obbligatorio.

L'obbligo di concludere un procedimento – la cui violazione comporta la possibilità di adire il giudice ai sensi dell'art. 2 l. n. 241 del 1990 e degli artt. 31 e 117 c.p.a. per la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione – postula, in altri termini, che il procedimento debba essere doverosamente avviato, per cui, ove sussistano circostanze che potrebbero determinare l'avvio di un procedimento d'ufficio, l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso nei termini di legge viene in essere nel momento in cui l'amministrazione abbia ritenuto di dover procedere comunicando il suo avvio ai diretti o potenziali interessati.

Il procedimento di project financing è un procedimento avviato d'ufficio dall'amministrazione ai sensi della relativa disciplina legislativa (a suo tempo, degli artt. 14, comma 2, e 37 bis ss della legge n. 109 del 1994), tanto che, nel caso di specie, come dalla stessa ricorrente esposto, con delibera di Consiglio Comunale n. 333 del 20 dicembre 2005, l'opera è stata inserita nella programmazione triennale 2006-2008 con specifico riferimento alla procedura di project financing e l'avviso di project financing è stato pubblicato sulla GUCE e sulla GURI nell'aprile 2006.

Il Collegio rappresenta che, ai sensi dell'art. 37 quater I. n. 109 del 1994 (così come dell'art. 155 d.lgs. n. 163 del 2006), entro tre mesi dalla individuazione della proposta di pubblico interesse, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione, le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse.

Nella fattispecie in esame, il riconoscimento del pubblico interesse della proposta presentata dalla costituenda ATI Società Italiana per Condotte d'Acqua Spa – Impresa Pizzarotti & C. Spa per la realizzazione della linea D della metropolitana di Roma è intervenuto con deliberazione di Giunta Comunale del 21 marzo 2007, sicché il dies ad quem per la conclusione del procedimento d'ufficio avviato dall'amministrazione era individuabile nel 21 giugno 2007.

Peraltro, la gara di cui alla successiva sub fase del procedimento di finanza di progetto era stata indetta, ma, in data 26 ottobre 2012, è stata revocata con delibera del Consiglio di Amministrazione di Roma Metropolitane, per cui il termine di novanta giorni per la nuova indizione della gara deve essere determinato nella data del 26 gennaio 2013.

Viceversa, il presente ricorso è stato notificato in data 9 dicembre 2015, ben oltre il termine di un anno previsto dall'art. 31, comma 2, c.p.a.

Né possono assumere giuridico rilievo le istanze e le diffide medio tempore presentate dalla ricorrente, le quali non avviano un procedimento ad istanza di parte, ma costituiscono una sollecitazione alla conclusione del procedimento di project financing avviato d'ufficio dall'amministrazione e non sono idonee a determinare l'insorgere di un nuovo ed autonomo obbligo di provvedere.

Infatti, una volta individuato il dies ad quem per la conclusione del procedimento, il termine di decadenza per la proposizione del ricorso avverso il silenzio non può essere interrotto da un qualunque atto volto a sollecitare la conclusione del procedimento, così come il termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento di un atto non può essere interrotto da istanze volte ad ottenere dall'amministrazione l'annullamento in autotutela dell'atto stesso.

Diversamente opinando, si perverrebbe alla paradossale ed inaccettabile conseguenza che qualunque manifestazione di interesse alla conclusione del procedimento possa comportare

una sostanziale rimessione in termini per la proposizione dell'azione avverso il silenzio con sostanziale vanificazione della ratio sottostante alla norma di cui all'art. 31, comma 2, c.p.a., che ha inteso stabilire un termine di decadenza, peraltro di apprezzabile estensione, entro il quale consentire la possibilità di conseguire la condanna dell'amministrazione a provvedere.

Nella fattispecie, infine, non sono ravvisabili le oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o i gravi impedimenti di fatto che potrebbero giustificare la rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a.

3. Il Collegio ritiene equo, in ragione della assoluta peculiarità della vicenda controversa, disporre la compensazione integrale delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, dichiara irricevibile il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio,      Presidente

Silvia Martino,              Consigliere

Roberto Caponigro,      Consigliere, Estensore