

In quali casi è possibile revocare il project financing e quando sussiste la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

di Annalisa Di Ruzza

Data di pubblicazione: 13-3-2018

1. La revoca del *project financing* - 2. La responsabilità precontrattuale da revoca - 2.1 La recente pronuncia del TAR Veneto, sez. I, n. 184/2018

1. La revoca del *project financing*

La disciplina di riferimento da cui prendere le mosse è l'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, che così recita:

“1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”.

Come ha affermato il Cons. Stato, sez. V, con la sent. n. 7334 del 2010, la nozione di revoca fissata dal legislatore è ampia, essendo contemplati tre presupposti alternativi per la legittima adozione di un provvedimento di revoca: i sopravvenuti motivi di pubblico interesse; il mutamento della situazione di fatto; la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *ius poenitendi*).

In particolare, tra i presupposti alternativi, quello che si distingue in termini di particolare “ampiezza” è quello per cui l'amministrazione può revocare il provvedimento non solo per l'insorgere di sopravvenienze (tra cui possono essere annoverati anche i mutamenti di situazioni di fatto), ma anche per una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario.

Il Cons. Stato. Sez. V, nella decisione richiamata, ha considerato adeguata la motivazione posta a fondamento della revoca, consistente in *“una nuova valutazione dell’interesse pubblico rivolto a dettare organica e diversa pianificazione del territorio comunale”*, in virtù dell’*“ampia discrezionalità”* di cui gode l’amministrazione nell’esercizio del c.d. *ius poenitendi*.

La motivazione a fondamento del provvedimento di revoca del *project finance* deve essere adeguata e da essa deve emergere in modo trasparente e percepibile la valutazione operata (in questo senso, vedi TAR Roma, sez. II, sent. n. 7229/2014), tuttavia il giudice amministrativo non può entrare nel merito della motivazione, dovendo limitarsi a sindacare profili di legittimità e di razionalità/ragionevolezza/logicità. Pertanto, non deve stupire che il novero delle motivazioni plausibili, che possono essere adottate a fondamento di un provvedimento di revoca di una procedura di *project financing*, può essere molto esteso e non esaustivamente individuabile *a priori*. Tra le motivazioni che sono state avallate dalla giurisprudenza si possono ricordare: la mancanza di copertura finanziaria e un eccessivo protrarsi nel tempo del vincolo con l’aggiudicatario, che non consentirebbe di trarre beneficio dall’evoluzione tecnologica e dai conseguenti vantaggi che questa può arrecare, anche in termini di risparmio per la collettività (vedi TAR Palermo, sez. II, sent. n. 2363/2016: il giudice, non entrando nel merito di tali profili, non li ha considerati affetti da manifesta irrazionalità; il Cons. Stato, sez. V, con la sent. n. 1599/2016, ha considerato legittima la scelta di revocare la gara per ragioni relative all’impegno di risorse finanziarie e all’evoluzione tecnologica, considerate *“ragionevoli, non illogiche, né irrazionali e soprattutto fondate su non implausibili elementi di fatto”*). I motivi di convenienza economica possono concretizzarsi in un possibile risparmio di spesa a favore dell’amministrazione (vedi Cons. Stato, sez. V, sent. n. 111/2018), derivante dall’adozione di una scelta alternativa al *project financing*. In particolare, quando la motivazione della revoca si fonda su un raffronto con un’opzione alternativa, la motivazione dovrebbe essere corredata di analisi di carattere tecnico o economico che diano conto della ragionevolezza e della convenienza economica della scelta alternativa al *project finance* (a tal proposito, vedi TAR Roma, sez. II, con la sent. n. 7229/2014).

2. La responsabilità precontrattuale da revoca

La responsabilità precontrattuale si può configurare anche a carico della pubblica amministrazione, *“poiché anche a suo carico grava l’obbligo giuridico sancito dall’[art. 1337 c.c.](#) di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative, perché con l’instaurarsi delle medesime sorge tra le parti un rapporto di affidamento che l’ordinamento ritiene meritevole di tutela”* (Cass. SS.UU., sent. n. 11656/2008). Ai fini dell’insorgenza di tale responsabilità, non rileva la legittimità del provvedimento adottato, ma la correttezza del comportamento tenuto (Cass. Civ. sez. I, sent. n. 9636/2015). Si tratta di una responsabilità che può *“sussistere anche in presenza di atti di autotutela (revoca, annullamento, diniego di stipula o di approvazione) pienamente legittimi, ove assistiti dai presupposti per la loro emanazione, e va pertanto tenuta distinta dalla responsabilità per lesione di un interesse legittimo, che, pur facendo anch’essa capo ai canoni della correttezza e della buona fede (cfr. Cass. n. 500/99) ha come presupposto, non unico, ma comunque necessario, un vizio di legittimità dell’atto amministrativo”* (Cons. Stato, sez. III, ord. n. 5492/2017).

In questa sede, si vuole concentrare l’attenzione sui profili attinenti alla responsabilità

precontrattuale, collegata alla presunta sussistenza di una posizione di giuridico affidamento all'espletamento completo della procedura, che è talora invocata dinanzi ai giudici nel caso di revoca di una procedura di *project financing*. Da questo punto di vista, assume un rilievo significativo la fase in cui si trova la procedura. In relazione ad una procedura di *project financing* di cui all'art. 183, comma 15, D.Lgs n. 50/2016 e s.m.i.^[1], il TAR Campania, sez. I, con la sent. n. 5419 del 2017, non ha riconosciuto la responsabilità dell'amministrazione in quanto nel caso di specie era stata effettuata soltanto la valutazione di fattibilità della proposta, senza che fosse stata deliberata l'approvazione del progetto. Inoltre, aggiunge il giudice che *“l'eventuale approvazione non avrebbe in ogni caso vincolato l'amministrazione alla indizione della procedura, poiché tale scelta rientra nella sfera della discrezionalità amministrativa dell'ente locale”*. Infatti, il giudice dichiara di aderire all'indirizzo giurisprudenziale in base al quale *“in tema di project financing, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento, posto che 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 (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 207/2017; Sez. III, n. 1365/2014; n. 4026/2013; n. 2838/2013; n. 2418/2013)”*.

Con specifico riguardo all'insorgenza della responsabilità precontrattuale, il TAR Campania, con la pronuncia poc'anzi richiamata, ha affermato che *“anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera, non può ritenersi costituito un distinto, speciale ed autonomo rapporto interessato dalla responsabilità precontrattuale a che l'amministrazione dia poi comunque corso alla procedura di finanzia di progetto; la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a essere immanente all'amministrazione e non coercibile dall'esterno ma dipendente da valutazioni in ordine all'attualità e alla convenienza dell'affidamento”*. A questa affermazione è connessa l'implicazione, esplicitata dallo stesso TAR, in base alla quale chi presenta il progetto si assume il rischio di una successiva valutazione di non conformità all'interesse pubblico. Questa giurisprudenza si confronta con il tema, di non facile soluzione, relativo all'individuazione, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, della fase in cui sorge un legittimo affidamento in capo al partecipante alla gara sulla conclusione del contratto e, quindi, del momento a partire dal quale i comportamenti scorretti della pubblica amministrazione possono assumere rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale. Su questo tema il Cons. Stato, sez. III, con l'ord. n. 5492/2017, ha sottoposto all'Adunanza Plenaria dei quesiti: *“1. Se la responsabilità precontrattuale sia o meno configurabile anteriormente alla scelta del contraente, vale a dire della sua individuazione, allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione; 2. Se, nel caso di risposta affermativa, la responsabilità precontrattuale debba riguardare esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili, ovvero debba estendersi a qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne*

ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione." Nella suddetta ordinanza del Consiglio di Stato, si possono rintracciare due orientamenti giurisprudenziali. Secondo il primo orientamento, la responsabilità precontrattuale della p.a. si dovrebbe escludere durante la fase procedimentale che precede l'aggiudicazione: il partecipante alla gara non potrebbe nutrire alcun legittimo affidamento sull'esito della stessa e sulla conclusione del relativo contratto. In base al secondo indirizzo, ascrivibile ad alcune pronunce del giudice amministrativo di alcuni anni fa, la responsabilità precontrattuale potrebbe sorgere anche prima dell'aggiudicazione, in quanto il contratto avrebbe una formazione necessariamente progressiva, secondo lo schema dell'offerta al pubblico, e non sarebbe possibile operare la scissione – tramite una linea di demarcazione tra fase che precede l'aggiudicazione e fase che segue l'aggiudicazione – di un comportamento che si presenta come “unitario”. Tuttavia, il Cons. Stato ricorda che la giurisprudenza amministrativa successiva ha abbracciato nuovamente il primo orientamento, ritenendo che la responsabilità precontrattuale, che presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la sua conclusione, non sarebbe configurabile prima della scelta del contraente, e quindi della sua individuazione, non essendo ancora iniziata la fase di formazione del contratto^[2].

2.1 La recente pronuncia del TAR Veneto, sez. I, n. 184/2018

Con specifico riguardo alla revoca di una procedura di *project financing*, il TAR Veneto, sez. I, con la sentenza n. 184/2018^[3] ha confermato “*l'univoca giurisprudenza del Consiglio di Stato*” in base alla quale, anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse di una proposta di realizzazione di lavori pubblici e l'individuazione del promotore privato, l'Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento, in quanto tale scelta rientra nella sua discrezionalità amministrativa e nella sua valutazione dell'interesse pubblico. Nel caso di specie, la revoca era intervenuta in una fase piuttosto avanzata, in cui era stata aperta la fase della gara per la selezione dell'affidatario, ma questa era stata interrotta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. In base a questa impostazione, si deve ritenere che, qualora, nell'ambito della finanza di progetto si ricorra alla procedura ristretta, la revoca non possa comunque generare responsabilità precontrattuale quando intervenga in una fase in cui sono state soltanto inviate le lettere di invito a presentare offerta.

La *ratio* delle affermazioni del TAR suddetto sembra risiedere nella parte della decisione in cui si afferma che nella finanza di progetto l'interesse dell'Amministrazione si concentra non su un possibile contraente, ma su “*una proposta che risponda ad un determinato interesse pubblico, essendo ancora incerta, anche dopo l'approvazione del progetto, la stessa cerchia dei possibili affidatari della concessione che prenderanno parte alla fase competitiva*”, inoltre, sempre secondo il giudice, la procedura di cui all'art. 183, comma 15 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. non contempla atti che possono essere sussumibili nel concetto di trattative o di formazione del contratto, ma una serie di passaggi in esito ai quali “*il progetto iniziale può trovare un intestatario diverso dal suo originale autore*”. Pertanto, il TAR esclude gli elementi che danno luogo a responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. per via della “*mancata*

individuazione dell'aspirante contraente" e dell' "estraneità al momento formativo del contratto quantomeno delle prima fasi in cui si articola il complesso procedimento della finanza di progetto".

Un ultimo aspetto preso in considerazione nella pronuncia suddetta del TAR Veneto attiene alla richiesta – distinta da quella volta ad ottenere il risarcimento per responsabilità precontrattuale – dell'indennizzo, a seguito della revoca. Richiamando giurisprudenza precedente (ritenuta "consolidata"), il TAR Veneto ritiene inapplicabile al *project financing* la disciplina dell'indennizzo posta dall'art. 21 *quinquies* della L. n. 241 del 1990, in virtù dell'applicabilità della disciplina speciale di cui ai commi 12 e 15 dell'art. 183 D.Lgs n. 50/2016 e s.m.i., che riconosce il diritto al rimborso delle spese solo a conclusione della gara - peraltro non nei confronti dell'Amministrazione, ma dell'aggiudicatario - "*nel caso in cui il promotore non risulti aggiudicatario*".

[1] In questa tipologia di *project financing*, "*gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente*". In maniera molto sintetica, si indicano le fasi di questa procedura: presentazione della proposta con il progetto di fattibilità; valutazione, entro il termine perentorio di tre mesi, della fattibilità della proposta; fase di approvazione del progetto di fattibilità che, eventualmente modificato, è inserito negli strumenti di programmazione; il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara.

[2] Il Cons. Stato, sez. III, con la suddetta ordinanza n. 5492/2017, aderisce a questo indirizzo, pur con alcune "*precisazioni e "concessioni" all'opposto indirizzo*".

[3] Si rinvia alla nota alla sentenza di M. Nico, *Nel project financing revoca sempre possibile fino al termine della gara*, in *Quotidiano Enti Locali & Pa*, 22 febbraio 2018.