

N. 00001/2012REG.PROV.COLL.

N. 00001/2010 REG.RIC.A.P.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale di A.P. 1 del 2010 (r.g. di sezione n. 9035/2008), proposto da GDM Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Auto Ariberto s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Clarich, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

contro

Comune di Alessandria, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Piergiorgio Alberti e Giuseppe Greco, con domicilio eletto presso Giuseppe Greco in Roma, via S. Caterina Da Siena, n. 46;

nei confronti di

Ruscalla Renato s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Apcoa Parking Italia s.p.a., Final s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini e Vittorio Barosio, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, n. 7;

per la riforma

della sentenza del TAR PIEMONTE – TORINO, sez. I, 21 novembre 2008 n. 2931, resa tra le parti, concernente PROJECT FINANCING PER REALIZZAZIONE PARCHEGGIO INTERRATO.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2012 il Cons. Rosanna De Nictolis e udito l'avvocato Clarich;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza 21 novembre 2008 n. 2931 il Tar Piemonte, sez. I, ha respinto il ricorso di primo grado proposto da G.D.M. Costruzioni s.p.a. e da Auto Ariberto s.p.a. per l'annullamento della deliberazione della giunta comunale di Alessandria n. 393 del 19 dicembre 2007, con cui l'a.t.i. controinteressata Ruscalla veniva selezionata come promotore per la realizzazione di un parcheggio interrato in piazza Garibaldi.

La sentenza è stata appellata dalle originarie ricorrenti.

Il ricorso, assegnato alla sezione V, è stato da quest'ultima deferito all'esame dell'adunanza plenaria con decisione 1 ottobre 2010 n. 7277.

Con atto depositato in data 19 dicembre 2011, le appellanti hanno rinunciato all'appello.

La rinuncia, sottoscritta dalle appellanti personalmente e notificata alle controparti, ha avuto l'adesione di queste ultime, anche al fine della compensazione delle spese di lite.

2. La rinuncia è rituale, rispettando i requisiti formali e sostanziali prescritti dall'art. 84 cod. proc. amm.

Ai sensi dell'art. 84, commi 2 e 3, cod. proc. amm., il ricorso di appello va dichiarato estinto, con compensazione delle spese di lite.

3. Tuttavia, la plenaria ritiene che la questione sottoposta dalla V Sezione sia di particolare importanza, e pertanto enuncerà il principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm.

4. In fatto giova premettere che si disputa di una procedura di *project financing* svoltasi nel vigore della legge n. 109 del 1994 e dunque ai sensi dell'art. 37-*bis* e ss. di tale legge.

L'avviso con cui il Comune di Alessandria sollecitava la presentazione di proposte per la realizzazione di un parcheggio interrato risale infatti al 22 dicembre 2005.

Con delibera n. 393/ - 1029 del 19 dicembre 2007 la Giunta comunale di Alessandria dichiarava tecnicamente ammissibili e fattibili cinque proposte, collocando al primo posto quella dell'odierna controinteressata e al secondo posto quella dell'odierna appellante.

Il progetto della prima classificata veniva posto a base di gara.

Tale delibera veniva impugnata dalla seconda classificata, odierna appellante, con ricorso al Tar del Piemonte, affidato a tre motivi di censura.

Il Tribunale adito respingeva il ricorso con la sentenza 21 novembre 2008 n. 2931.

L'atto di appello ripropone tutte le censure di cui al ricorso di primo grado.

5. La V Sezione del Consiglio di Stato, cui era stato assegnato l'appello, con la decisione 1° ottobre 2010 n. 7277 ha ritenuto preliminare l'esame dell'eccezione di carenza di interesse, sollevata dalle parti appellate, sotto il profilo che l'a.t.i. ricorrente in primo grado e poi appellante si era limitata a contestare la legittimità della scelta del promotore, ma non aveva poi partecipato alla gara indetta sulla base del progetto del promotore prescelto.

Nell'esaminare tale eccezione, la V Sezione ha rilevato che secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato:

- l'interesse ad assumere la posizione di promotore finanziario contiene e implica anche l'interesse ad essere aggiudicatario della successiva concessione, che, in definitiva, rappresenta il vero "bene della vita" cui tende il presentatore del progetto;
- per l'effetto nella procedura del *project financing* piuttosto che individuarsi due serie sub - procedimentali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura;
- la selezione del promotore non assicurerebbe a quest'ultimo alcuna diretta ed immediata utilità; pertanto non si potrebbe applicare l'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'immediata impugnazione di qualsiasi atto endoprocedimentale che determini in danno di un concorrente un arresto procedimentale: nel caso di specie, anche a voler ammettere in ipotesi che la dichiarazione di interesse pubblico di una certa proposta di un concorrente determini un *vulnus* nei confronti di un altro concorrente, l'attualità e la lesività di tale *vulnus* potrà apprezzarsi solo all'esito del successivo procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione, tanto più che al concorrente che ha presentato la proposta non selezionata come progetto di pubblico interesse non risulta affatto impedita la partecipazione alla

gara successiva per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa [Cons. St., sez. V, 25 gennaio 2005 n. 142; sez. IV, 26 gennaio 2009 n. 391; sez. V, 28 maggio 2009 n. 3319].

La V Sezione ha tuttavia rilevato la sussistenza di un indirizzo giurisprudenziale, ancorché minoritario, proprio della giurisprudenza di primo grado, secondo cui nelle procedure di *project financing* il promotore assume una posizione di assoluta preminenza, sia per la conoscenza anticipata del progetto preliminare posto a base di gara, sia per la possibilità di conseguire in ogni caso l'aggiudicazione, previo adeguamento della propria proposta a quella ritenuta più conveniente dall'amministrazione, così che non potrebbe dubitarsi dell'ammissibilità del ricorso proposto avverso gli atti con cui l'amministrazione individua il promotore da chi non sia stato prescelto come promotore, stante la concretezza e l'attualità della lesione derivante proprio dalla mancata individuazione come promotore [Tar Sicilia - Catania, sez. IV, 6 maggio 2010 n. 1297; Tar Lazio - Roma, sez. III, 9 settembre 2008 n. 8194].

Conclusivamente la Sezione ritiene che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, predicato dall'art. 24 Cost., e quello della sindacabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione, contenuto nell'art. 113 Cost., sembrerebbero ostare alla inammissibilità dell'immediata impugnazione del provvedimento di individuazione del promotore finanziario.

6. L'adunanza plenaria condivide e fa propri gli argomenti della decisione di rimessione, e ritiene che nel procedimento di *project financing* l'atto con cui la stazione appaltante conclude la c.d. prima fase di selezione di una proposta, da porre a base della successiva gara, sia immediatamente impugnabile da coloro che abbiano presentato proposte concorrenti in relazione alla medesima opera pubblica.

6.1. Secondo la disciplina applicabile *ratione temporis* (art. 37-*bis* e ss., legge n. 109 del 1994) la procedura di *project financing* si articolava in tre fasi: la prima si concludeva con la scelta del promotore finanziario, il cui progetto veniva posto a base di una successiva gara (seconda fase); in esito a tale gara, si apriva una procedura negoziata senza bando in cui venivano poste in comparazione la proposta del promotore e le due migliori proposte selezionate nella precedente gara.

Il promotore aveva una indubbia posizione di vantaggio in quanto: (i) era il suo progetto ad essere posto a base della successiva gara; (ii) rimaneva aggiudicatario se nella gara non vi fossero altre offerte (art. 37-*quater*, legge n. 109 del 1994; (iii) nella procedura negoziata aveva il c.d. diritto di prelazione, ossia il diritto di “*adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione*” (art. 37-*ter*, legge n. 109 del 1994).

6.2. Non è controverso, nella giurisprudenza di questo Consesso, che la scelta del promotore finanziario, ossia della proposta migliore ritenuta di pubblico interesse, è atto sì discrezionale della stazione appaltante, tuttavia sindacabile da parte del giudice amministrativo nei limiti del controllo di legittimità. E' stato infatti affermato da questo Consesso che “*la valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine all'interesse pubblico delle proposte presentate è certamente sindacabile dal giudice amministrativo, seppure nell'ambito del giudizio di legittimità connotato al processo. La presenza di aspetti di stretta discrezionalità amministrativa non elide la necessità di rispettare alcune essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando la valutazione delle proposte si svolga in un contesto comparativo (...), sulla base di limiti imposti dallo stesso ente pubblico ed esplicitamente correlati alla formazione di una specifica graduatoria, basata su punteggi attribuiti da una commissione imparziale e dotata di specifiche competenze tecniche*” [Cons. St., sez. V, 11 settembre 2007 n. 4811; in termini, Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741, Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155].

Così come non è controverso che sia autonomamente lesivo e immediatamente impugnabile, da parte del soggetto escluso, l'atto con cui la stazione appaltante dichiara che la sua proposta non è di pubblico interesse [Cons. St., sez. V, 20 maggio 2008 n. 2355; Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2010 n. 75].

Ancora, non è controverso, avuto riguardo al procedimento delineato dagli artt. 37-*bis* e ss., legge n. 109 del 1994, che l'interesse a contestare l'ammissione alla gara intermedia che segue la scelta del promotore sorge solo all'esito della conclusione della terza fase (la procedura negoziata) [Cons. St., sez. V, 17 novembre 2006 n. 6727; Cons. St., sez. V, 5 luglio 2007 n. 3814; Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155].

6.3. In base al quadro normativo sopra riportato, il procedimento di *project financing* è articolato in sub procedimenti, il primo dei quali, che si conclude con la selezione del promotore, è il “cuore” dell'intera procedura.

Tale è il ruolo centrale e preponderante della fase di scelta del promotore, che questa stessa adunanza plenaria ha già in passato ritenuto che il procedimento di scelta del promotore sia autonomo rispetto alla successiva fase articolata in gara e procedura negoziata (così la decisione 15 aprile 2010 n. 2155 dell'adunanza plenaria).

Quel che conta comunque non è tanto il controverso e sfumato concetto di “autonomia”, quanto la lesività o meno dell'atto di chiusura di questa prima fase.

Ebbene ad avviso dell'Adunanza esiste una pluralità di elementi che induce a ritenere l'esistenza e l'attualità della lesione.

6.4. Da un lato, infatti, la selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella

migliore; se poi non esercita tale diritto di prelazione, il promotore vanta l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento (art. 37-*quater*, comma 4 e art. 37-*bis*, comma 1, legge n. 109 del 1994).

6.5. Sul versante opposto, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute.

E' vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di *patis* rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore.

In definitiva, il bene della vita nel procedimento di *project financing* è il conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto.

6.6. In coerenza con i principi generali in tema di legittimazione e interesse al ricorso, l'atto di scelta del promotore è pertanto immediatamente e autonomamente lesivo, e immediatamente impugnabile da parte degli interessati.

6.7. Non vi è semplice facoltà, ma onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione, sicché la scelta del promotore che non venga tempestivamente impugnata non potrà più essere contestata dopo la conclusione dell'intero procedimento.

Tale soluzione, oltre a rispondere a principi cardine del nostro sistema quali quelli della pienezza e immediatezza della tutela, soddisfa anche l'interesse pubblico,

evitando, se del caso, l'inutile espletamento di un'attività amministrativa notoriamente complessa e costosa.

L'onere di immediata impugnazione dell'atto di scelta del promotore garantisce infatti che in tempi rapidi (attesa l'applicabilità dello speciale rito abbreviato per i contratti pubblici) si raggiunga certezza sulla legittimità della scelta della procedura, con evidente vantaggio per i successivi snodi della stessa.

6.8. La soluzione seguita dalla plenaria ha l'avallo, ancorché implicito, di alcuni precedenti di sezione; nel caso deciso da Cons. St., sez. V, 11 settembre 2007 n. 4811, si disputava della contestazione dell'atto di scelta di un promotore e non è stata posta in discussione la possibilità di immediata impugnazione; lo stesso è a dirsi per il caso deciso da Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741, e per quello deciso da Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009 n. 3752.

Tale soluzione è stata inoltre già seguita, come ricordato dalla decisione di rimessione alla plenaria, dalla giurisprudenza dei Tar [Tar Sicilia - Catania, sez. IV, 6 maggio 2010 n. 1297], che ne ha anche tratto la condivisibile conseguenza della accessibilità degli atti del procedimento di scelta del promotore, accesso che non potrebbe essere differito all'esito dell'intero procedimento [Tar Lazio – Roma, sez. III, 9 settembre 2008 n. 8194]. Deve pertanto ritenersi non condivisibile l'opposto principio, affermato da Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2009 n. 391 (che ha riformato la citata sentenza del Tar Lazio – Roma, n. 8194/2008), e da Cons. St., sez. V, 28 maggio 2009 n. 3319, secondo cui dalla non immediata lesività e impugnabilità dell'atto di scelta del promotore discenderebbe la non immediata accessibilità dei relativi atti, e la legittimità del differimento dell'accesso opposto dalla stazione appaltante.

7. Le conclusioni raggiunte, per quanto riferite alla disciplina, non più vigente, dettata dagli artt. 37-*bis* e ss., legge n. 109 del 1994, trovano conferma anche nella

vigente disciplina del *project financing*, recata dall'art. 153, d.lgs. n. 163 del 2006 e successive modificazioni.

Alla stregua della normativa sopravvenuta la scelta del promotore è frutto di una vera e propria gara con prefissione di criteri selettivi e requisiti, per la valutazione comparativa delle diverse proposte (art. 153, commi 7, 8, 9, d.lgs. n. 163 del 2006).

In esito a tale gara, o il promotore diviene senz'altro aggiudicatario, previa eventuali modifiche progettuali (art. 153, comma 10), o si apre una successiva negoziazione, nella quale al promotore è riconosciuto il diritto di prelazione o, in alternativa, il diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta (art. 153, comma 15), nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento (art. 153, commi 9 e 12).

Anche quando le proposte vengano presentate autonomamente senza previo bando della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 153, comma 16, al promotore prescelto spetta il diritto di prelazione in caso di procedura di concessione o pubblica gara, ovvero quanto meno il diritto al rimborso delle spese in caso di procedura di dialogo competitivo (art. 153, comma 18).

E' dunque ancor più evidente la posizione di vantaggio che deriva dall'essere scelto come promotore e quindi l'interesse a contestare tale scelta.

8. Quanto, poi, al modello del *project financing* applicato alle infrastrutture strategiche, recentemente riscritto (art. 175, d.lgs. n. 163 del 2006 come novellato dall'art. 41, comma 5-*bis*, d.l. n. 201 del 2011, inserito dalla legge di conversione n. 214 del 2011), in esso la procedura è unitaria e sfocia nella scelta del promotore finanziario, il quale, se non adegua il progetto secondo le indicazioni della stazione appaltante, non risulterà concessionario ma avrà comunque diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento, oltre al rimborso dei costi sostenuti per la integrazione del progetto con lo studio di impatto ambientale e con quanto

necessario per la procedura di impatto ambientale e di localizzazione urbanistica (art. 175, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006).

Anche quando la procedura ha inizio con la presentazione di proposte relative a studi di fattibilità (c.d. proponente, figura diversa dal promotore), al proponente che diviene promotore, in caso di mancata aggiudicazione della concessione, spetta detto rimborso delle spese (art. 175, comma 14, d.lgs. n. 163 del 2006).

Sicché anche in tali procedure la scelta del promotore è atto lesivo che deve essere immediatamente impugnato.

9. Si deve, in conclusione, affermare il seguente principio di diritto nell'interesse della legge: “nel procedimento di *project financing*, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- a) lo dichiara estinto per intervenuta rinuncia;
- b) enuncia il principio di diritto nell'interesse della legge come da motivazione;
- c) compensa interamente le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2012

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione