



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1537 del 2008, proposto da: Final s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Apcoa Parking Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Piergiorgio Alberti, Andrea Mozzati e Angelita Paciscopi, con domicilio eletto presso l'avv. Angelita Paciscopi in Firenze, corso Italia n. 29 (Studio Picardi);

contro

Comune di Massa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Sergio Menchini, con domicilio eletto presso l'avv. Natale Giallongo in Firenze, via Vittorio Alfieri n. 19;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-della deliberazione della Giunta Comunale 27.5.2008, n. 164, avente ad oggetto "Proposta di project financing - pedonalizzazione del tratto di v.le Chiesa a monte della statale Aurelia con riorganizzazione dei flussi di traffico e della sosta in superficie nelle aree circostanti mediante ecc. - Revoca atto G.C. n.44/2006", pubblicata all'Albo Pretorio a partire dal 29.5.2008;

- della nota a firma del Dirigente del Settore Infrastrutture 6.6.2008, prot. n. 26616;
- della deliberazione del Consiglio Comunale 29.5.2008, n. 27, avente ad oggetto "Programma triennale opere pubbliche 2008-2010 ed elenco annuale lavori anno 2008", pubblicata all'Albo Pretorio a partire dal 4.6.2008;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o connesso;

nonché per la condanna

del Comune di Massa alla reintegrazione in forma specifica, ovvero, in subordine, ove ciò non fosse possibile, al risarcimento del danno ingiusto subito dalle ricorrenti;

nonché in via ulteriormente subordinata, per la condanna

dello stesso Comune alla liquidazione alle ricorrenti dell'indennizzo corrispondente al danno subito a seguito e per effetto delle deliberazioni G.C. 27.5.2008, n. 164 e C.C. 29.5.2008, n. 27.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Massa.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2009 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Le società ricorrenti espongono, in punto di fatto, quanto segue:

- il Comune di Massa con avviso indicativo del 20.6.2005 ha indetto la procedura di cui all'art. 37-*bis* della legge n. 109/1994 per l'individuazione del promotore in relazione all'intervento di pedonalizzazione di un tratto di viale Chiesa, per un costo presunto dell'intervento di € 15.000.000,00;

- alla procedura hanno partecipato il RTI Irces 95 Ingg. Pisa srl – Final spa – Apcoa Parking Italia spa e il Consorzio TC scarl;
- è stata nominata una Commissione tecnico-amministrativa per l'esame delle proposte degli aspiranti promotori, la quale ha protratto i suoi lavori per circa otto mesi, chiedendo due proroghe del termine assegnatole e con relazione finale del 9.2.2006 ha poi assegnato 67 punti al RTI delle ricorrenti e 63 punti al Consorzio antagonista;
- la Giunta Comunale con deliberazione n. 44 del 16.2.2006 ha preso atto e fatto proprie le valutazioni della Commissione ed ha dichiarato di pubblico interesse la proposta del RTI delle ricorrenti;
- il RTI ha trasmesso la documentazione attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del DPR n. 554/99 e la polizza fideiussoria di cui all'art. 30 della legge n. 109/94, ma la procedura non ha avuto l'ulteriore corso previsto dalla normativa, così che in data 28.5.2007 il raggruppamento risultato promotore ha notificato al Comune di Massa atto di messa in mora con l'invito ad indire la gara di cui all'art. 37-*quater* della legge n. 109/94, cui è seguita ulteriore analogo diffida in data 19.5.2008;
- in data 13.6.2008 è pervenuto alle ricorrenti la nota prot. n. 26616 del 6.6.2008 con la quale il dirigente del Settore Infrastrutture del Comune comunicava che con deliberazione della Giunta Comunale n. 164 del 27.5.2008 era stata revocata la precedente deliberazione n. 44 del 2006 di dichiarazione di pubblico interesse e dichiarato l'intervento di cui alla procedura in oggetto non conforme all'interesse dell'ente e ai programmi dell'Amministrazione;
- con deliberazione n. 27 del 29.5.2008 il Consiglio Comunale approvava il nuovo Programma Triennale delle Opere Pubbliche, il quale richiama la delibera di Giunta n. 164/08 di revoca della dichiarazione di pubblico interesse della proposta

del promotore, pur l'intervento *de quo* venendo nuovamente incluso tra le opere realizzabili mediante *project financing*.

Le ricorrenti impugnano quindi gli atti in epigrafe indicati, articolando nei loro confronti le seguenti censure:

1) “Violazione artt. 1, 2, 3 e 21-*quinquies* della legge n. 241/90. Violazione artt. 37-*bis* e ss. legge n. 109/94. Violazione artt. 152 e ss. d.lgs. n. 163/06. Difetto di motivazione. Contraddittorietà. Errore sui presupposti e conseguentemente travisamento. Irragionevolezza”. Si evidenzia che la dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore è avvenuta a seguito di lunga e articolata valutazione da parte della p.a., che essa ha ingenerato un ragionevole affidamento del promotore sul prosieguo della procedura, che tale affidamento si è protratto per un consistente periodo di tempo e che quindi del tutto illegittimamente l'Amministrazione ha poi proceduto alla revoca della dichiarazione medesima, giungendo immotivatamente ad un esito opposto a quello precedentemente esposto;

2) “Violazione artt. 3 e 21-*quinquies* della legge n. 241/90. Violazione artt. 37-*bis* e ss. legge n. 109/94. Violazione artt. 152 e ss. d.lgs. n. 163/06. Difetto di motivazione. Errore sui presupposti e conseguente travisamento. Irragionevolezza. Illogicità”. Le ricorrenti censurano le motivazioni sulla cui base l'Amministrazione ha proceduto all'adozione degli atti di revoca, ritenendo che esse siano infondate in fatto ovvero in diritto;

3) “Violazione artt. 1 e 21-*quinquies* legge n. 241/90. Sviamento di potere. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e contraddittorietà”. Si censura il fatto che, dopo la revoca della dichiarazione di pubblico interesse, l'Amministrazione abbia nuovamente inserito l'opera nella programmazione e in ispecie tra le opere realizzabili a mezzo di *project financing*;

4) “Violazione artt. 1 e 21-*quinquies* legge n. 241/90. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e contraddittorietà”. In particolare si censura il fatto che l’adottata revoca viola il principio di proporzionalità.

5) “Violazione artt. 7 e ss. legge n. 241/90 e s.m.i. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità e contraddittorietà”. Si censura la mancata previa comunicazione di avvio del procedimento.

6) “Invalidità in via derivata della deliberazione C.C. 29/5/2008, n. 27”;

7) “Violazione art. 37-*bis* e ss. legge n. 109/1994. Violazione art. 3 legge n. 241/1990. Contraddittorietà e illogicità”. Evidenziando il fatto che l’opera risulta comunque sempre compresa nella programmazione triennale.

Le ricorrenti concludono quindi per l’annullamento degli atti gravati, evidenziando che esso comporterà “l’obbligo per il Comune di Massa di procedere all’indizione della gara di cui all’art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) della legge n. 109”, ovvero chiedono, in subordine, il risarcimento danno per equivalente ovvero, in ulteriore subordine, la liquidazione dell’indennizzo di cui all’art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990.

Si è costituito in giudizio il Comune di Massa, il quale ha effettuato alcune puntualizzazioni in fatto, chiarendo in particolare che il Consiglio Comunale già con mozione in data 31 ottobre 2007 aveva dato mandato all’Amministrazione di procedere ad una revisione condivisa della proposta di *project financing* in oggetto, che sarebbe quindi venuto meno l’interesse all’opera e che la nuova Amministrazione eletta a seguito della tornata elettorale del maggio 2008 ha adeguato la situazione di diritto al diffuso sentimento della cittadinanza.

Sul piano giuridico il Comune di Massa muove due eccezioni di inammissibilità del ricorso. In primo luogo per carenza di legittimazione passiva delle due società ricorrenti, che sono le mandanti del raggruppamento temporaneo di imprese costituitosi all’indomani della dichiarazione di pubblico interesse della proposta,

non essendo l'azione stata invece proposta dalla capogruppo e mandataria del RTI medesimo. In secondo luogo per carenza d'interesse a ricorrere, essendo stati gravati atti amministrativi di programmazione generale, dai quali non deriva alcuna posizione differenziata dei privati, com'è reso esplicito dallo stesso avviso indicativo che espressamente contempla la massima libertà dell'Amministrazione anche di non dar corso alla procedura. Il Comune contesta poi le argomentazioni poste da parte ricorrente a fondamento delle proposte censure.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 20 ottobre 2009, relatore il dr. Riccardo Giani, e sentiti i difensori comparsi, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso all'esame del Collegio è proposto da due società che hanno assunto le vesti di mandanti in raggruppamento temporaneo di imprese il quale, avendo presentato una proposta a seguito dell'avviso indicativo emesso dal Comune di Massa in data 20 giugno 2005 per la realizzazione in *project financing* della "pedonalizzazione del tratto di viale E. Chiesa a monte della statale Aurelia, con riorganizzazione dei flussi di traffico e della sosta di superficie nelle aree circostanti mediante realizzazione di parcheggi interrati nella zona interessata dall'intervento e nelle aree limitrofe", ha visto la propria proposta dichiarata di pubblico interesse con deliberazione della Giunta Comunale n. 44 del 16 febbraio 2006. Le due citate società impugnano, da un lato, la deliberazione della Giunta Comunale di Massa n. 164 del 27 maggio 2008, che ha revocato la dichiarazione di pubblico interesse di cui alla precedente deliberazione n. 44 del 2006, e, dall'altro, la deliberazione del Consiglio Comunale n. 27 del 29 maggio 2008, contenente il "Programma triennale opere pubbliche 2008 – 2010 ed elenco annuale lavori anno 2008", nella parte in cui si occupa del progetto di pedonalizzazione sopra richiamato.

L'Amministrazione comunale, nel resistere al gravame, ha altresì avanzato due eccezioni di stampo processuale, che devono essere oggetto di preliminare scrutinio rispetto all'esame del merito della impugnazione.

Con la prima eccezione il Comune di Massa evidenzia la "inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva e carenza di interesse a ricorrere" delle due società ricorrenti, ciò sul rilievo che esse sono le mandanti del RTI che ha partecipato alla procedura, mancando invece la necessaria partecipazione al giudizio della società capogruppo e mandataria del raggruppamento medesimo, titolare di rappresentanza esclusiva. Il Comune si dice consapevole della giurisprudenza amministrativa che ritiene legittima l'impugnazione proposta da sola mandante di RTI, sia costituito che costituendo, ma ritiene che tale orientamento non sia applicabile alla fattispecie in esame, in quanto esso varrebbe solo con riferimento alle procedure concorsuali propriamente dette, tra le quali non rientrerebbe quella di scelta del promotore nella finanza di progetto.

L'eccezione è infondata e deve essere respinta.

L'Amministrazione resistente pone una questione di difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti (ancorché nell'epigrafe dell'eccezione si parli di difetto di legittimazione "passiva"), che risulta tuttavia risolta in modo pacifico dalla giurisprudenza interna e comunitaria. La prima ha evidenziato che "la legittimazione ad agire in giudizio della singola impresa in associazione – sia essa mandante o mandataria e sia che il raggruppamento sia stato già costituito al momento dell'offerta o debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione – è riconosciuto dal consolidato e pressoché univoco indirizzo della giurisprudenza amministrativa" (Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4931). Ciò sul rilievo che il raggruppamento d'impresе non istituzionalizza un soggetto diverso dalle singole imprese che si aggregano, le quali quindi conservano la titolarità in corso di gara di differenziate posizioni di interesse legittimo al regolare svolgimento della

procedura. In senso conforme si muove la giurisprudenza comunitaria, la quale ha chiarito che una simile lettura del diritto interno non risulta in contrasto con le norme comunitarie. La Corte di Giustizia CE infatti, cui la questione era stata sottoposta dal Consiglio di Stato in sede di rinvio pregiudiziale (Cons. Stato, sez. V, ord. 14 novembre 2006, n. 6677), ha chiarito che “l’art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un’associazione temporanea priva di personalità giuridica la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell’appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire” (Corte Giust. CE, sez. VI, ord. 4 ottobre 2007, causa C-492/06). Né pare al Collegio che a diversa conclusione debba giungersi nella specie, cioè con riferimento alla impugnazione da parte delle società mandanti dell’atto di revoca della dichiarazione di pubblico interesse di una proposta presentata nell’ambito della procedura di finanza di progetto. Il Comune di Massa opina che l’interpretazione richiamata varrebbe solo con riferimento alle procedure concorsuali vere e proprie ma non in relazione alla scelta del promotore nella procedura di *project financing*, trattandosi di una fase pre-concorsuale. La proposta lettura non appare convincente. Le peculiarità pur significative che caratterizzano la procedura *de qua*, sia con riferimento alla normativa applicabile al caso in esame *ratione temporis* sia alle sopravvenute discipline innovative, non escludono i dati di fondo di un meccanismo selettivo che parte da un bando (nella normativa dell’epoca un “avviso indicativo”), prevede la presentazione di proposte che devono avere un certo contenuto, si sostanzia nella valutazione anche comparativa delle diverse proposte presentate, al fine di individuare quella ritenuta di pubblico interesse, la quale costituisce base di ulteriori passaggi procedurali. Ciò significa che siamo sempre in presenza di un procedimento sostanzialmente concorsuale,

pur particolarmente conformato, che non potrebbe quindi essere sottoposto, in punto di fissazione delle regole di tutela giurisdizionale, a condizioni diverse da quelle che valgono per la generalità delle procedure. Anche in questo caso sussiste quindi un interesse differenziato e qualificato delle società mandanti ad impugnare gli atti emessi dall'Amministrazione che hanno bloccato il meccanismo di finanza di progetto, al fine di rimettere lo stesso in moto e di giungere alla aspirata stipula della concessione per la realizzazione dell'opera pubblica.

Con la seconda eccezione il Comune di Massa rileva la inammissibilità del ricorso per "carenza di interesse a ricorrere avverso atti amministrativi di programmazione generale". L'eccezione ha una duplice articolazione: a) si evidenzia in primo luogo che gli atti impugnati sono atti di programmazione dell'attività della p.a. nei quali è prevalente, se non esclusiva, la componente pubblicistica dell'attività e rispetto ai quali non è configurabile una posizione differenziata di alcuno; b) a conferma dell'assunto precedente si richiama il contenuto dell'avviso indicativo che esplicita chiaramente la assenza di affidamenti qualificati di alcuno. Si tratta di due profili di inammissibilità che meritano di essere partitamente sviluppati.

Con il primo profilo parte resistente svolge una considerazione di portata generale sugli atti gravati, evidenziando in particolare che con la fase di scelta del promotore nella procedura di *project financing* "si era ancora nella fase iniziale, interamente pubblicistica, relativa alla programmazione e alla definizione del progetto preliminare da mandare in gara", quindi in un momento nel quale non vi sarebbero posizioni differenziate e affidamenti qualificati.

L'assunto risulta del tutto privo di pregio.

L'esame della questione posta necessita di un preliminare chiarimento circa la normativa applicabile in relazione alla fattispecie in esame, stante la circostanza che la disciplina del c.d. *project financing* ha subito profonde incisioni dal succedersi della legislazione in materia. Iniziamo con il dire che l'introduzione di questo istituto nel

nostro ordinamento è avvenuta ad opera della c.d. Legge Merloni-*ter*, cioè della legge 18 novembre 1998, n. 415, che ha inciso sul testo della legge allora vigente sui lavori pubblici, cioè la legge 11 febbraio 1994, n. 109, aggiungendovi gli articoli da 37-*bis* a 37-*nonies*, dotando il nostro ordinamento di uno strumento finalizzato a favorire il superamento del *deficit* infrastrutturale italiano e di far ciò senza aggravare la pesante situazione del debito pubblico nazionale, quindi coinvolgendo capitali privati. La citata disciplina di cui agli artt. 37-*bis* e ss. della legge n. 109/1994 è stata poi modificata dalla legge 1 agosto 2002, n. 166. L'intero istituto della finanza di progetto ha trovato quindi regolamentazione agli artt. 152-160 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che ha sostanzialmente recepito la disciplina della previgente legge n. 109/1994, abrogata dall'art. 256 del d.lgs. n. 153 cit. Tuttavia anche la regolamentazione del Codice dei contratti pubblici in tema di *project financing* ha poi subito due ulteriori importanti interventi novativi, il primo ad opera del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e il secondo ad opera del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, che ha radicalmente riformato la disciplina giuridica della finanza di progetto.

In presenza di una così ampia successione di norme è necessario chiarire quale sia il criterio sulla cui base individuare la disciplina applicabile in ciascuna fattispecie concreta, quale sia cioè l'elemento discriminante mediante il quale stabilire le norme applicabili alla singola procedura. La soluzione può essere rinvenuta traendola dalla previsione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs, n. 152 del 2008, il quale stabilisce che “la disciplina recata dall'art. 153 del codice, come sostituito dal presente decreto, si applica alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto”, individuando la normativa applicabile con riferimento al momento di emanazione del bando che avvia la procedura. Si tenga conto che ad una soluzione analoga era pervenuta anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici con riferimento al d.lgs. 113 del 2007,

che non aveva avuto cura di regolamentare questo aspetto. L'Autorità nella determinazione 11 ottobre 2007, n. 8 ebbe a chiarire che le novità portate dal d.lgs. n. 113 del 2007 al *project financing*, segnatamente l'abrogazione del diritto di prelazione del promotore, si applicavano alle procedure i cui avvisi indicativi fossero stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo. Il Collegio ritiene corretto questo criterio, con l'effetto che nel caso sottoposto ad esame deve ritenersi applicabile la normativa di cui agli artt. 37-*bis* e ss. della legge n. 109 del 1994, nel testo risultante dalle modifiche di cui alla legge n. 166 del 2002, ciò in considerazione del fatto che l'avviso indicativo che ha dato avvio alla procedura è datato 20 giugno 2005.

La procedura di finanza di progetto, in base alla normativa sopra richiamata, risulta articolata nei termini che seguono:

- pubblicazione da parte delle stazioni appaltanti di un "avviso indicativo", di cui all'art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, legge n. 109/94 attraverso il quale le stesse rendono noti i lavori realizzabili con il meccanismo della finanza di progetto e stabiliscono, nell'ambito delle previsioni di cui al successivo art. 37-*ter*, "i criteri...in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte";
- i soggetti interessati presentano le "proposte", che dovranno avere l'impegnativo contenuto di cui all'art. 37-*bis*, comma 1 ("Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari...");
- la procedura ha poi una struttura trifasica: a) la prima fase è la scelta del promotore, cioè l'individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 37-*ter* della legge n. 109/1994; b) segue la gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) volta ad individuare le due migliori offerte, diverse da quella del

promotore, da porre a confronto con quest'ultima; c) la terza fase è poi data dalla procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. b] alla quale partecipano il promotore e le due migliori offerte emerse dalla gara precedente e all'esito della quale si ha l'aggiudicazione della concessione;

- il promotore ha tuttavia la possibilità di prevalere comunque sulla proposta risultata vincitrice nella procedura negoziata, mercé l'utilizzo del diritto di prelazione di cui agli artt. 37-*bis*, comma 2-*bis*, e 37-*ter*.

Nel caso che ci occupa si è svolta esclusivamente la prima fase della procedura, essendo l'Amministrazione pervenuta alla individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse ai sensi dell'art. 37-*ter*, ciò con la deliberazione n. 44 del 2006, che è stata poi revocata dalla successiva deliberazione di Giunta n. 164 del 2008. L'eccezione formulata dalla difesa comunale mira a sostenere che fino a questo punto dell'*iter* procedurale si sarebbe in presenza di una procedura esclusivamente pubblicistica nella quale non emergerebbero posizioni differenziate e qualificate di singoli operatori. L'esame della normativa appena svolta mostra la insostenibilità della tesi avanzata. L'operatore la cui proposta sia individuata come di pubblico interesse nella prima fase della procedura di finanza di progetto, assumendo quindi la veste di promotore, viene a ricoprire una posizione di vantaggio nettamente stagliata dalle norme citate, sì da assumere certamente i connotati di differenziazione e qualificazione necessari per l'accesso alla tutela giudiziaria. Basti ricordare che, a seguito della dichiarazione di pubblico interesse, tale operatore (nella specie cioè il RTI di cui le due società ricorrenti sono mandanti): 1) partecipa di diritto alla procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. b]; 2) ha il diritto di essere preferito ad altro operatore risultato vincitore della procedura negoziata citata adeguando il proprio progetto a quello del vincitore (c.d. diritto di prelazione); c) il progetto del promotore è posto a base della gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a]; d) in caso non risulti aggiudicatario ha comunque diritto al

pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, entro l'importo massimo del 2,5% del valore dell'investimento come desumibile dal piano economico-finanziario (artt. 37-*quater*, comma 4, e 37-*bis*, comma 1, quinto periodo). La tesi che un soggetto cui l'ordinamento assegna una tal quantità di profili di vantaggio sia non differenziato e privo di aspettative legittime appare, invero, priva di ogni plausibilità.

Con il secondo profilo della eccezione in esame, parte resistente evidenzia la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse stante la mancanza di affidamento che il RTI prescelto come promotore poteva vantare, in forza del tenore dell'avviso di accertamento. Viene nella specie in considerazione quanto contenuto nell'avviso indicativo del 20 giugno 2005 laddove stabilisce che "la presentazione della proposta, peraltro, non vincola in alcun modo l'Amministrazione, nemmeno sotto il profilo della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.; essa quindi resterà libera di decidere di realizzare l'opera in maniera diversa, senza cioè ricorrere al *project financing*, di non riconoscere il pubblico interesse nei confronti di tutte le proposte pervenute, di non dar corso alla successiva fase di aggiudicazione della concessione, ovvero di non realizzare l'opera, e ciò senza che i privati promotori possano nulla pretendere a qualsiasi titolo o ragione nei confronti di questo Comune".

Anche questa eccezione è priva di fondamento.

La clausola dell'avviso indicativo sopra riportata è tale da attribuire all'Amministrazione una libertà di scelta totale, sì da sconfinare sicuramente nell'arbitrio, in quanto pone la stazione appaltante nella condizione di portare avanti la procedura avviata solo se e quando essa vorrà, senza alcun limite e alcun condizionamento. Si tratta di previsione sicuramente in contrasto con la disciplina del *project financing* di cui alla legge n. 109 del 1994 e tale da configurare la clausola stessa come affetta da totale nullità, in quanto si sostanzia in una condizione

meramente potestativa e quindi nulla (sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5345; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1997, n. 1418; TAR Lazio, sez. III, 7 ottobre 2004, n. 10952). Alla luce di questi rilievi, essendo la clausola dell'avviso indicativo invocata affetta da nullità, è da respingere l'eccezione che partendo da tale clausola tende a costruire la inammissibilità del presente gravame per difetto di interesse.

Respinte le eccezioni preliminari avanzate dall'Amministrazione comunale è possibile passare quindi all'esame delle censure formulate dalle ricorrenti nei confronti degli atti gravati.

Con il primo mezzo le ricorrenti censurano la deliberazione della Giunta Comunale di Massa n. 164 del 2008, che ha revocato la precedente deliberazione n. 44 del 2006 con la quale era stata dichiarata di pubblico interesse la proposta presentata dal RTI di cui le ricorrenti sono mandanti nell'ambito dell'avviso indicativo emesso dal Comune in data 20 giugno 2005, evidenziando come la richiamata valutazione di pubblico interesse fosse avvenuta a seguito di lunga e articolata valutazione da parte della p.a., ingenerando un ragionevole affidamento del promotore nel prosieguo della procedura, che non vi era poi stato, avendo l'Amministrazione proceduto alla revoca del richiamato atto sulla base di un immotivato giudizio opposto a quello precedentemente reso. Il Comune, nel contrastare la richiamata censura, pone in luce che la stessa si traduce in un inammissibile sindacato di merito, che d'altra parte già la Commissione tecnica aveva evidenziato varie criticità nella proposta del RTI prescelto, perplessità fatte proprie dalla stessa deliberazione n. 44 del 2006, e aveva infatti evidenziato la necessità di una rinegoziazione, ed infine pone in luce come sia del tutto improprio il riferimento al principio dell'affidamento, giacché nella fase procedimentale di scelta del promotore non esisterebbero affidamenti, concessioni, contratti né posizioni minimamente consolidate delle ricorrenti meritevoli di tutela.

La censura è fondata e merita accoglimento.

Il primo aspetto da mettere in evidenza è che, contrariamente ad alcuni rilievi di parte resistente, la proposta del RTI di cui fanno parte le ricorrenti ha avuto valutazione positiva da parte della Commissione tecnica incaricata di esaminarla e soprattutto è stata oggetto di esplicita e incondizionata valutazione di pubblico interesse da parte della stazione appaltante con la deliberazione n. 44 del 2006.

La Commissione Tecnico Amministrativa per gli interventi di *project financing* del Comune di Massa, nelle sedute del 17 e 18 gennaio 2006, ha attentamente esaminato la proposta del RTI delle ricorrenti, giudicandola positivamente sotto diversi profili quali quello architettonico (si parla di scelta orientata alla linea della semplicità e di facile realizzabilità dell'intervento, di una sia pur modesta "riqualificazione architettonica attraverso la previsione di aree di verde, accompagnata da estese ripavimentazioni"), costruttivo, urbanistico ("i contenuti di rilievo sono quelli previsti dall'Avviso pubblico, a cui la proposta si adegua"), ambientale (si parla di miglioramento ambientale, di conservazione delle alberature, di non incidenza sulla falda acquifera, pur necessitando ulteriori valutazioni in sede di progettazione definitiva), della qualità progettuale ("la Commissione non rileva particolari elementi critici riguardo alla qualità progettuale complessiva; sarà ovviamente compito delle fasi successive della progettazione meglio definire ed ottimizzare alcuni aspetti che negli elaborati di livello preliminare allegati alla proposta appaiono senza dubbio da migliorare"), della funzionalità e fruibilità dell'opera (anche in questo caso viene espresso giudizio positivo mentre "l'ottimizzazione di dettaglio di alcune soluzioni, ai fini della funzionalità, sarà demandata alle fasi di progettazione successive"), gestionali. La Commissione arriva quindi ad attribuire al progetto *de quo* 67 punti, contro i 63 assegnati alla proposta dell'altro concorrente, evidenziando solo che "gli schemi di convenzione/contratto di concessione presentati dai due proponenti...presentano

comunque elementi eccessivamente vantaggiosi per i concessionari” i quali quindi devono “essere opportunamente rinegoziati con il proponente eventualmente individuato, prima della definitiva dichiarazione di pubblico interesse”. Dunque dalla Commissione tecnica viene un giudizio positivo sulla proposta del RTI delle ricorrenti, salve le necessità di approfondimenti di alcuni aspetti tecnici nei gradi successivi della progettazione (in sede di proposta viene presentato solo un progetto preliminare) e salva la segnalazione di opportuna rinegoziazione su aspetti di convenienze economica. A fronte di ciò il Comune, con la deliberazione n. 44 del 2006, ha poi fatto proprie le valutazioni della Commissione tecnica, ha riconosciuto che la proposta di parte ricorrente “risulta complessivamente meglio rispondente alle esigenze che l’Amministrazione intende soddisfare” e ha conseguentemente proceduto alla dichiarazione di pubblico interesse dalla proposta stessa ai sensi dell’art. 37-ter della legge n. 109 del 1994.

Contrariamente a quanto sostenuto in giudizio dal Comune resistente, dalla adottata dichiarazione di pubblico interesse sono derivati affidamenti qualificati e situazioni meritevoli di protezione, secondo quanto sopra evidenziato illustrando la disciplina del procedimento di finanza di progetto. Basti qui citare, a riprova di ciò, la spettanza al promotore individuato del diritto di prelazione con riferimento agli esiti della procedura negoziata di cui all’art. 37-quater cit., secondo quanto previsto anche dall’Avviso indicativo (nel quale infatti si legge che “è previsto il diritto a favore del promotore, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 37-bis comma 2-bis della L. 109/94 o s.m.i., ad essere preferito ai soggetti indicati dall’art. 37-quater, comma 1 lett. b) della stessa legge, ove il promotore intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti”).

Da ciò scaturisce la illegittimità del comportamento dell’Amministrazione, che non ha dato seguito alla dichiarazione di pubblico interesse adottata, non risulta

neppure aver attivato la rinegoziazione necessaria a meglio definire i profili dell'operazione complessiva, secondo le indicazioni della Commissione, e ha invece revocato la dichiarazione medesima, in tal modo travolgendo i legittimi affidamenti discesi dalla deliberazione n. 44 del 2006, anche per l'assenza di profili motivazionali idonei a sorreggere l'atto di autotutela, come sarà meglio evidenziato in sede di esame della seconda censura.

Con il secondo mezzo le ricorrenti censurano la deliberazione di revoca della dichiarazione di pubblico interesse, contestando tutti i profili motivazionali richiamati nella deliberazione n. 164 del 2008.

La censura è fondata.

Il gravato provvedimento di revoca supporta la decisione di ritirare la dichiarazione di pubblico interesse della proposta delle ricorrenti sulla base di una serie di rilievi, che risultano invero inidonei a sorreggere l'atto di autotutela.

In primo luogo nella gravata deliberazione n. 164 del 2008 si richiamano i “numerosi profili di criticità sotto il profilo tecnico ed economico del progetto, ampiamente evidenziati dalla Commissione comunale di valutazione del *project* e non superati dal promotore nella fase successiva alla dichiarazione di pubblico interesse e propedeutica all'approvazione del bando di gara (così come consente, espressamente, l'art. 37 *quater* della L. 109/1994)”. Ma l'assunto, come già evidenziato nell'esame delle precedente doglianze, risulta privo di fondamento. Sul piano tecnico la Commissione di valutazione ha espresso un giudizio positivo sulla proposta del RTI promotore, avendo solo evidenziato la necessità di approfondimenti del tutto fisiologici nel passaggio dal progetto preliminare a quello definitivo ed esecutivo. D'altra parte se vi fossero state criticità tecniche rilevanti, e non mere necessità di specifici approfondimenti, la Giunta Comunale non avrebbe invece dovuto procedere alla dichiarazione di pubblico interesse, come ha invece fatto. La Commissione ha realmente evidenziato la necessità di una rinegoziazione

sotto il profilo economico, che tuttavia spettava all'Amministrazione attivare, cosa che non risulta invece avvenuta. Ne consegue che il motivo addotto è come tale inidoneo a sorreggere l'atto di revoca, l'atto presentandosi sul punto illegittimo sotto il profilo motivazionale e istruttorio.

In secondo luogo la deliberazione n. 164 del 2008 richiama le sopravvenute modifiche legislative che hanno riguardato l'istituto del *project financing* e che sono ritenute idonee, ancorché non direttamente applicabili, a giustificare una diversa valutazione della p.a. sulla dichiarazione di pubblico interesse della proposta di cui alla presente controversia. Viene in particolare richiamata la modifica legislativa che riguarda la soppressione del diritto di prelazione a favore del promotore. Anche questo profilo risulta privo di pregio. Il diritto di prelazione a favore del promotore, previsto nella legge n. 109 del 1994 e nel testo originario del d.lgs. n. 163 del 2006, è stato soppresso dal secondo decreto correttivo del Codice dei contratti (d.lgs. n. 113 del 2007) – ed è a questa modifica che si fa riferimento nell'atto gravato – salvo essere reintrodotta, seppur parzialmente e nell'ambito di una nuova regolamentazione dell'istituto secondo linee direttive fortemente innovative, dal terzo decreto correttivo al Codice (d.lgs. n. 152 del 2008; si vedano adesso i commi 15, lettera e], e 16, lettera c], del d.lgs. n. 163 del 2006 novati). È evidente che le oscillazioni legislative in materia di prelazione non possono influenzare le scelte amministrative. Gli operatori economici si determinano a partecipare ad una procedura sulla base della disciplina applicabile al momento dell'emissione del relativo bando (od avviso indicativo) e tale disciplina deve continuare ad essere applicata anche se il legislatore, per le procedure future, ha *medio tempore* modificato la regolamentazione di un certo istituto. Alla luce di questi rilievi il Comune di Massa non può fondare la sua decisione di revoca della dichiarazione di pubblico interesse sul richiamo, ancorché indiretto, alle modifiche

normative intervenute, se queste risultano palesemente inapplicabile al caso concreto (dato questo non contestato dall'Amministrazione).

Ulteriore riferimento motivazionale è reperibile nella deliberazione n. 164 del 2008 con il richiamo ad atti programmatici adottandi, come il Piano Strutturale e il Piano Urbano del Traffico. Appare tuttavia singolare il riferirsi a strumenti programmatici di portata generale che risultano al momento dell'emanazione dell'atto gravato, non solo non definitivamente approvati, ma neppure adottati, non vedendosi in che modo possano modificarsi scelte pregresse sulla base del richiamo a future, eventuali ed ipotetiche, nuove direttive programmatiche allo stato prive di giuridica consistenza.

Nell'atto gravato si evoca infine "la necessità di valutare la compatibilità della scelta di costruire l'opera pubblica suddetta sia sotto il profilo della rispondenza alle priorità programmatiche dell'Amministrazione, sia delle conseguenze dell'impatto finanziario del project sul bilancio dell'Ente". Ma è evidente, in disparte la genericità dei richiami non supportati da elementi specifici di profili programmatici prevalenti e di impatto sul bilancio, che i profili evocati sono già stati oggetto di valutazione al momento dell'adozione della deliberazione di dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore e non possono essere utilizzati *ex post* per tornare, senza adeguate motivazioni, su scelte già compiute.

Con il quinto mezzo le ricorrenti censurano l'adottato provvedimento di revoca per non essere stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

La censura è fondata.

Come la giurisprudenza ha avuto tante volte modo di indicare, il rispetto delle regole partecipative è regola fondamentale in tema di autotutela, anche alla luce del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento (c.d. *legitimate expectation*)" (in termini, Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5004). Il risultato è che il

Comune di Massa non poteva adottare il gravato atto di revoca della deliberazione n. 44 del 2006, sul piano procedimentale, se non facendolo necessariamente precedere dalla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, ponendo così in grado le ricorrenti di interloquire sulle ragioni del prospettato atto di autotutela.

Con il sesto mezzo si censura per invalidità derivata la deliberazione del Consiglio Comunale n. 27 del 29 maggio 2008 nella parte in cui ha deliberato il nuovo programma triennale delle opere pubbliche e connesso piano annuale, conformandosi alla statuizione di revoca di cui alla deliberazione di Giunta n. 164 del 2008.

La censura è fondata.

La impugnata deliberazione n. 27 del 2008 appare invero di difficile lettura, giacché contiene un dispositivo in apparenza contraddittorio rispetto alla parte motiva dell'atto. Lasciando in disparte le considerazioni di tecnica redazionale dell'atto, che pur la deliberazione *de qua* meriterebbe, ritiene il Collegio che possa accedersi all'interpretazione proposta dall'Amministrazione secondo cui la nuova programmazione delle opere pubbliche ha espunto dal suo seno il *project financing* di viale Chiesa, proprio in forza della revoca della dichiarazione di pubblico interesse della proposta del proponente. Ma una tale statuizione risulta allora illegittima, una volta accertata la illegittimità dell'atto di autotutela in questione, per invalidità derivata.

I rilievi sin qui svolti consentono di ritenere fondato il ricorso in esame, con conseguente necessità di annullare gli atti gravati, potendo le ulteriori censure mosse in ricorso essere dichiarate assorbite.

L'accoglimento del ricorso e il conseguente annullamento delle deliberazioni impugnate comporta la reviviscenza della deliberazione n. 44 del 2006, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di portare a termine la avviata

procedura di finanza di progetto, indicando la gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) della legge n. 109 del 1994.

Gli effetti caducatorio, ripristinatorio e conformativo dell'accoglimento del ricorso appaiono idonei a soddisfare la pretesa delle ricorrenti, apparendo invece infondata la pretesa di risarcimento del danno per equivalente, stante appunto il soddisfacimento in forma specifica che l'accoglimento comporta. Né d'altra parte le ricorrenti avanzano domanda di risarcimento danni connessi alla tempistica di svolgimento della procedura in esame. La domanda di risarcimento del danno per equivalente deve quindi essere respinta.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione 1[^], definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla gli atti gravati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti di parte ricorrente, liquidate in € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre iva e cap.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccio, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO