

Pubblicato il 31/03/2022

N. 00933/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00300/2022 REG.RIC.



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 300 del 2022, proposto da

La Portuale II Società Cooperativa, Ecolsicilia S.R.L e Green Service Società Cooperativa Sociale, Patania S.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Bonaventura Lo Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Milano n. 85;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Occidentale - Palermo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, presso i cui uffici distrettuali è domiciliata ex lege in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 918 del 21.01.2022, con la quale l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha disposto la conclusione del procedimento relativo alla "Proposta di project financing presentata ai sensi

dell'articolo 183, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dalla Cooperativa La Portuale II";

- di ogni ulteriore atto, presupposto, comunque connesso, consequenziale, anche se non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Occidentale - Palermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le odierne ricorrenti, in data 24.10.2021, hanno presentato all'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale (AdSP), ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016, una proposta di progetto di finanza per la realizzazione di lavori e per la gestione dei servizi di interesse generale nei porti di Augusta e Catania, in ragione di un avviso pubblicato dalla stessa Amministrazione, poi annullato.

Con nota del 21.12.2020, La Portuale ha sottolineato all'AdSP che, essendo stata la proposta presentata anche ai sensi e per gli effetti dell'art.183, comma 15, del D. Lgs. n.50/2016 e s.m.i., l'intervenuto annullamento dell'avviso pubblico non faceva venir meno l'onere per l'Autorità di procedere con l'istruzione e valutazione della proposta ad iniziativa privata di progetto di finanza.

Con la nota prot. n. 918 del 21.01.2022, l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha disposto la conclusione del procedimento relativo alla *“Proposta di project financing presentata ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del*

d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dalla Cooperativa La Portuale IP” ritenendola non meritevole di accoglimento per la seguente motivazione: la proposta di project financing in questione “non può essere valutata positivamente e non può essere accolta”, in quanto mancante “di un progetto di fattibilità tecnica ed economica prescritto dalla citata norma di legge”.

Parte ricorrente con il ricorso in epigrafe ha, quindi, impugnato tale ultimo atto, avverso il quale ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

I) *Violazione e/o falsa applicazione di legge (artt. 183, co. 15 del d. lgs. n. 50/2016, art. 6, co. 1, lett. b della legge n. 241/90) ed eccesso di potere sotto molteplici profili.*

Deduce parte ricorrente che l’assunto dell’amministrazione intimata si porrebbe in violazione dell’art. 183, co. 15, d. lgs. n. 50/2016 e sarebbe frutto di travisamento in quanto smentito per tabulas dalla produzione documentale che viene versata in giudizio.

In ogni caso, l’Amministrazione, ricevuta la proposta di project financing ad iniziativa privata, ai sensi dell’art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici, ed avviata la procedura per la valutazione di fattibilità, avrebbe dovuto interloquire con i soggetti proponenti sugli eventuali approfondimenti istruttori o integrazioni ritenuti necessari (attivando se del caso il soccorso istruttorio procedimentale);

II) *Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 e dell’art. 21 octies della legge n. 241/90. Violazione del principio di buon andamento, trasparenza ed imparzialità della p.a. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto d’istruttoria e di motivazione. Sviamento.*

Ritiene parte ricorrente che il provvedimento impugnato sia un atto sprovvisto di adeguata motivazione e, pertanto, illegittimo;

III) *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 10 e 10 bis della l. n. 241/1990 e dei principi in materia di partecipazione al procedimento amministrativo. Violazione dell’art. 97 Cost. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, difetto d’istruttoria e di motivazione.*

Assume parte ricorrente che il provvedimento impugnato violerebbe anche gli artt. 10 e 10 bis della L. n. 241/1990 e, in generale, i principi in materia di

partecipazione al procedimento amministrativo.

Ha quindi chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione degli effetti.

2. Si è costituita l'amministrazione intimata per resistere al giudizio.

3. Con memoria parte ricorrente, in vista della camera di consiglio, ha riscontrato le osservazioni dell'amministrazione.

4. Alla camera di consiglio del 23 marzo 2022, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibile decisione della causa con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.; indi il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La vicenda contenziosa in esame verte sulla legittimità (o meno) del provvedimento con il quale l'Autorità Portuale ha ritenuto non meritevole di accoglimento la proposta di project financing della parte ricorrente, assumendo che essa sia carente del progetto di fattibilità tecnica ed economica prescritto dalla normativa di legge.

2. Ai fini dell'esame delle doglianze, giova preliminarmente esporre i principi che reggono l'istituto del project financing.

Occorre premettere che, secondo condiviso orientamento giurisprudenziale (cfr., per una recente applicazione, Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, n. 1624 del 2020), la procedura di project financing (prima disciplinata dagli artt. 37-bis e ss. della legge 11 febbraio 1994, n. 109, successivamente dagli artt. 153 e ss. del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e, quindi, dall'art. 183 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), individua due serie procedimentali strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse, la seconda di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, quest'ultima a sua volta distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente

più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione.

In tale ambito, la giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto che la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, tale da non potere essere resa coercibile nel giudizio amministrativo di legittimità, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore e che lo scopo finale dell'intera procedura, interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore, è l'aggiudicazione della concessione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

È stato osservato che il primo segmento procedimentale del project financing - di interesse nel caso di specie e su cui occorre pertanto soffermarsi - si connota non già in termini di concorsualità (id est di gara comparativa finalizzata alla individuazione di un vincitore); in questa fase ciò che rileva è esclusivamente l'interesse della Amministrazione ad includere le opere e i servizi proposti dal privato negli strumenti di programmazione, all'uopo nominando "promotore" il soggetto imprenditoriale il cui progetto sia risultato maggiormente aderente ai desiderata e agli interessi dell'ente (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 28 marzo 2019, n. 691).

3. Ricostruito in estrema sintesi l'istituto e scansionate le fasi in cui è articolato, è ora possibile passare alle censure del ricorso, il quale è infondato.

4. Con il primo motivo parte ricorrente ritiene che la motivazione sia viziata poiché risulterebbe per tabulas la produzione da parte della stessa dello studio di fattibilità tecnico-economica, costituito dagli elaborati specificamente indicati, recanti essi stessi la chiara dicitura "*livello di progettazione: progetto di fattibilità*".

Sottolinea la ricorrente anche che il contenuto della proposta presentata rispecchierebbe fedelmente, oltre che le indicazioni contenute nell'art. 183 del Codice dei contratti pubblici, anche le linee dettate dalla stessa Autorità di Sistema Portuale in occasione della precedente pubblicazione, in data 9.09.2021, di un *“avviso esplorativo del mercato propedeutico alla gara per acquisire manifestazioni di interesse a presentare istanza/proposta tecnico amministrativa documentata finalizzata all'affidamento della concessione dei lavori e della gestione dei servizi di interesse generale nei porti di Augusta e Catania, anche con la formula della finanza di progetto”*, successivamente oggetto di revoca.

Ritiene inoltre che l'amministrazione avrebbe dovuto interloquire con i soggetti proponenti sugli eventuali approfondimenti istruttori o integrazioni ritenuti necessari ai sensi dell'art. 183, co. 15, d. lgs. n. 50 del 2016 e comunque anche in applicazione della disciplina generale del soccorso istruttorio (art. 6, co. 1, lett. b) l. n. 241 del 1990).

4.1. L'Amministrazione resistente ha sottolineato che la documentazione presentata non avrebbe i presupposti per essere definita progetto di fattibilità di un lavoro ai sensi del comma 15 dell'art. 183 e che non sussisterebbero i presupposti del soccorso istruttorio in quanto nel caso non verrebbero in considerazione integrazioni o chiarimenti quanto piuttosto uno stravolgimento radicale della proposta iniziale.

4.2. Il motivo - che si compone di una censura di erroneità della motivazione (per la ritenuta esistenza, contrariamente all'assunto dell'amministrazione, dello studio di fattibilità) e un'altra censura di mancato avvio del soccorso procedimentale (sia quale specificamente previsto dall'art. 183 cit. sia quale parametro generale alla stregua della legge sul procedimento) - è infondato.

4.2.1. Infondata è la censura relativa alla erroneità della motivazione.

Come detto in premessa, la presentazione del project financing mira a intercettare i desiderata dell'ente pubblico che ne è destinatario ai fini del suo recepimento negli strumenti programmatici dell'ente prima e della sua realizzazione poi.

Nel caso di specie, i desiderata dell'amministrazione erano stati esplicitati nell'avviso esplorativo poi annullato, da assumere, comunque, a riferimento degli intendimenti dell'ente; in esso si prevedeva tra l'altro *“la progettazione di un parcheggio multipiano, con gestione automatizzata dei flussi in ingresso e in uscita, inclusi i pagamenti. Tale intervento è necessario in quanto le aree di interfaccia porto-città, soprattutto nello scalo etneo, prevedono una serie di attività ludiche e di ristorazione da ipotizzare un'area urbano-portuale per l'accoglienza dei passeggeri in arrivo e in partenza”*. Ciò posto, lo studio di fattibilità di parte ricorrente – pur presente – non si sofferma su tali lavori ritenuti “necessari”.

Come sottolineato dalla difesa dell'amministrazione, il proponente medesimo dichiara di voler realizzare n. 2 parcheggi multipiano da 500 posti auto cadauno, di cui n.1 nel Porto di Augusta e n. 1 nel Porto di Catania, ma tale intendimento non assume alcuna veste progettuale (sia pure in termini di fattibilità), che la norma prevede invece sia presente nella proposta e che l'Amministrazione è tenuta a valutare. A dimostrazione del fatto che lo stesso proponente rimanda a un momento successivo la redazione del progetto di fattibilità – che invece il comma 15 richiede si allegato in fase di presentazione della proposta –, la difesa dell'amministrazione richiama il documento “14.4.CME_COMPUTO_v004-16ott2021”, in cui figura la voce n. 86 NP25 Progettazione di un parcheggio multipiano che recita “Progettazione di livello preliminare, definitiva ed esecutiva di un parcheggio multipiano da 500 posti auto” al costo unitario di € 384.082,54 e complessivo per n. 2 parcheggi di € 768.165,08, voce che però non è correlata a una vera e propria stima economica né ad una allegata progettazione in termini di studio di fattibilità alla stregua della normativa vigente (cfr. anche artt. 23 e segg. del codice dei contratti pubblici).

4.2.2. Tali argomenti non vengono efficacemente contrastati dalla parte ricorrente, la quale si limita a replicare che eventuali carenze sarebbero state colmabili con il soccorso istruttorio, la cui omissione è oggetto di doglianza con la seconda censura.

Ma anche tale censura è infondata, in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte ricorrente, nel project financing l'amministrazione non ha alcun obbligo di attivare il soccorso istruttorio nel senso tradizionale inteso.

Tale obbligo non può farsi derivare dall'art. 183 codice contratti pubblici, norma speciale che trova applicazione nel caso di specie.

Va evidenziato, in particolare, che l'art. 183, comma 15, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*“A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione”*) rimette alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione l'attivazione del contraddittorio procedimentale in ordine ai contenuti del progetto (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, del 12 ottobre 2020, n. 6042; T.A.R. Toscana, sez. I, 21 novembre 2019, n. 1593).

La norma fa riferimento alle modifiche da apportare a un progetto contenutisticamente definito, laddove nella specie si tratterebbe di completare un progetto carente di opere “importanti”, bisognevole cioè di una attività sostanzialmente emendativa.

L'Amministrazione, in tale speciale fase, non ha il dovere ma ha piuttosto il potere di disporre integrazioni istruttorie e tale potere non può ritenersi illimitato, presupponendo pur sempre che la documentazione prodotta sia tale da consentire ad essa di valutare, sebbene prima facie, la fattibilità tecnica della proposta e la sua sostenibilità economica, *insieme alla rispondenza della stessa al pubblico interesse*: essa, in altre parole, deve consentire all'Amministrazione di estrapolare una proposta completa, coerente e munita dei suindicati requisiti di fattibilità, sostenibilità e coerenza con l'interesse pubblico, salvi gli approfondimenti e le integrazioni istruttorie necessarie a pervenire, in ordine ai profili indicati, ad una valutazione completa ed esaustiva.

Il potere di integrazione, rispondente alla detta finalità, non può certo risolversi nel completamento di una proposta che sia carente degli elementi

minimi a definirla contenutisticamente e quindi a consentire di valutarla sotto il profilo della rispondenza al pubblico interesse, perché altrimenti si risolverebbe non nel perfezionamento documentale di una proposta già completa nei suoi elementi essenziali, ma nella presentazione di una proposta ex novo, non essendo la documentazione già presentata idonea a configurarla (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, del 12 ottobre 2020, n. 6042 cit.).

Tale, invece, è l'esito auspicato dalla parte ricorrente, se si considera che le carenze progettuali investono proprio i parcheggi ritenuti "necessari" dall'amministrazione nell'avviso esplorativo e rendono i documenti prodotti privi degli elementi minimi ai fini della valutazione della proposta sotto i profili della corrispondenza all'interesse pubblico (palesato nell'avviso).

Peraltro, ove si consideri che, ai sensi dell'art. 183, comma 9, d.lvo n. 50/2016, *"le offerte devono contenere un progetto definitivo, 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, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966"*, non può non rilevarsi che la mancanza nello studio di fattibilità presentato dalla parte di opere ritenute necessarie (i parcheggi) induce ad assimilare la fattispecie a quella della mancata presentazione del documento medesimo, ovvero ad una ipotesi di carenza e non di irregolarità/incompletezza del documento medesimo, al cui superamento non si ataglia l'invocato istituto del cd. soccorso istruttorio.

4.2.3. Non sussiste, in ogni caso, un generale obbligo dell'amministrazione di attivare il soccorso istruttorio/procedimentale nel project financing in base alla normativa sul procedimento amministrativo, e ciò in ragione della specialità della disciplina dettata dall'art. 183, co. 15, del d. lgs. n. 50 del 2016.

Va ribadito che nel project financing la fase preliminare non è da intendersi quale fase del "procedimento" di scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati (e quindi soggetta

alle ordinarie regole di garanzia partecipativa), ma fase *“procedimentalizzata” di valutazione di un interesse pubblico* che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4035; T.A.R. Molise, sez. I, 24 febbraio 2020, n. 63; T.A.R. Toscana, sez. I, 21 novembre 2019, n. 1593), ove assume prevalenza – nella specificità della procedura – l'interesse pubblico dell'amministrazione e in cui, di contro, gli interessi privati rimangono sullo sfondo (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, n. 1624 del 2020).

Va infatti chiarito che tale fase prodromica è caratterizzata dalla valutazione dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione; con essa non si è ancora entrati nella fase della procedura pubblica di selezione finalizzata a consentire alle imprese interessate il conseguimento del sostanziale bene della vita, costituito dalla aggiudicazione di una pubblica commessa, fase quest'ultima caratterizzata dalla imprescindibile logica partecipativa.

Ne consegue che, nello specifico contesto del project financing (non a caso disciplinato dalla normativa speciale di cui si è detto), l'incompletezza della proposta del privato non obbliga l'ente l'attivazione del soccorso procedimentale e legittima la determinazione (negativa) dell'amministrazione che non la ritenga, come nel caso, meritevole di accoglimento alla luce degli interessi pubblici che essa intende perseguire.

5. Al lume di quanto sin qui esposto, infondato è il secondo motivo di ricorso con il quale si contesta l'assenza di adeguata motivazione, invero consistente nell'incompletezza del progetto di fattibilità.

6. Quanto alla presunta violazione degli artt. 10 e 10-bis l. n. 241 del 1990 e in generale delle regole partecipative procedimentali, la censura non merita accoglimento, valendo le conclusioni di cui sopra già formulate per il soccorso procedimentale.

Con specifico riferimento all'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990, va aggiunto che esso non è applicabile alla procedura in esame in virtù della detta

specialità della disciplina dettata dall'art. 183 co. 15 del d. lgs. n. 50 del 2016, in considerazione della rappresentata fase prodromica ivi codificata, ove, si ribadisce, sugli altri interessi, prevale l'interesse pubblico dell'amministrazione a scegliere una proposta progettuale da includere negli strumenti di programmazione, fase questa antecedente al vero e proprio procedimento selettivo, al quale tali garanzie procedurali *ex lege* si attagliano.

7. Conclusivamente, il ricorso va respinto, ma le spese, in ragione della peculiarità della fattispecie, possono essere, in via d'eccezione, compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO