

CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE V - Sentenza 6 ottobre 2010 n. 7334

In tema di *project financing*, è nulla, ai sensi dell'art. 1355 c.c. (condizione meramente potestativa), la clausola dell'avviso indicativo in cui è stabilito che “*la presentazione della proposta 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*”, poiché subordina qualsiasi responsabilità dell'Amministrazione alla mera volontà dell'Amministrazione stessa.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 1418 del 2010, proposto da:

Comune di Massa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Natale Giallongo e Sergio Menchini, con domicilio eletto presso Studio Grez e Associati in Roma, corso V. Emanuele II N. 18;

contro

Società Final S.p.A. e Società Apcoa Parking Italia S.p.A., in persona del rispettivo legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti Piergiorgio Alberti e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 02012/2009, resa tra le parti, concernente PROPOSTA DI PROJECT FINANCING - PEDONALIZZAZIONE TRATTO STRADA STATALE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle società Final S.p.A. e Apcoa Parking Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2010 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati Mannocci, per delega dell'Avv. Giallongo, e Tedeschini;
Visto il dispositivo di decisione n.484/2010;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR Toscana ha accolto nei sensi di cui motivazione il ricorso proposto dalle società Final S.p.A. e Apcoa Parking Italia S.p.A. nei confronti del comune di Massa per l'annullamento delle deliberazioni G. C. n.164 del 27 maggio 2008 e c.c. n.27 del 29 maggio 2008, con le quali era stata revocata la precedente deliberazione n.44/2006 di dichiarazione di pubblico interesse del progetto presentato dall'ATI Irces-Apcoa e Final, in quanto non conforme all'interesse dell'Ente ed ai programmi dell'Amministrazione comunale l'intervento denominato "Pedonalizzazione del tratto di Viale Chiesa a monte della statale Aurelia".

In particolare il TAR, ha condiviso le censure con le quale la parte ricorrente aveva dedotto che:

- la proposta del Raggruppamento ricorrente aveva ottenuto la valutazione positiva della Commissione tecnica incaricata di esaminarla e della Stazione appaltante con la deliberazione n.44/2006 e dalla adottata dichiarazione di pubblico interesse erano derivati affidamenti e situazioni meritevoli di protezione ;
- la deliberazione di revoca della dichiarazione di pubblico interesse era motivata su una serie di rilievi che erano inidonei a sorreggere l'atto di autotutela (profili di criticità sotto il profilo tecnico-economico del progetto, la sopravvenuta modifica legislativa della finanza di progetto, atti programmatori adottandi);
- illegittimità del provvedimento di revoca in quanto non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 L.n.241/1990;
- invalidità derivata della deliberazione C.C. n.27/2008 per aver approvato il nuovo programma triennale delle opere pubbliche e connesso piano annuale conformandosi alla statuizione di revoca di cui alla deliberazione G. M. n.164/2008.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello il comune di Massa, deducendo quanto segue:

- il TAR ha erroneamente rigettato l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado ritenendo che nella finanza di progetto il promotore, dopo la dichiarazione di pubblico interesse sul suo progetto, abbia una posizione qualificata e differenziata per ricorrere avverso i provvedimenti di autotutela, atteso che la scelta del progetto non comporta la nascita di situazioni giuridiche differenziate e stabili ;
- il TAR, al fine di stabilire l'ammissibilità del ricorso, ha ingiustamente ritenuta nulla la clausola dell'avviso pubblico in base alla quale l'Amministrazione aveva precisato che la presentazione della proposta non la vincolava in alcun modo;
- qualora dovesse ritenersi sussistente il diritto di prelazione del promotore, la relativa normativa contrasterebbe con il diritto comunitario per penalizzazione dei soggetti che partecipano alla successiva gara ;
- contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, il provvedimento di revoca era adeguatamente motivato con riferimento non solo alle manchevolezze del progetto presentato ma anche alla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico ostativo alla realizzazione dell'opera, con sufficienza anche di una delle varie ragioni addotte;
- la mancanza di interesse pubblico alla realizzazione dell'opera è stata confermata medio tempore anche da successivi provvedimenti di scelta urbanistica ;
- non era necessaria nella specie la comunicazione di avvio del procedimento di revoca;
- la delibera C.C. n.27/2008 ha carattere autonomo nell'approvazione del programma triennale delle opere pubbliche per cui la ritenuta invalidità della delibera G.C. n.164/2008 non poteva comportare l'illegittimità derivata della delibera consiliare;

-la volontà del Consiglio comunale era nel senso di espungere dalla programmazione delle nuove opere pubbliche il project financing di viale Chiesa, come del resto riconosciuto dallo stesso TAR;
-il TAR in ogni caso ha errato nell'accogliere la domanda di risarcimento del danno in forma specifica .

3. Si è costituita in giudizio la ricorrente originaria, che ha chiesto il rigetto dell'appello, riproponendo i motivi di primo grado. Ha quindi insistito sulla domanda di risarcimento del danno , anche sotto forma di indennizzo ex art. 21-quinquies L. n.241/1990 con quantificazione in euro 215.000,00 delle spese di partecipazione all'avviso indicativo.

Con memoria conclusiva, il Comune ha insistito per l'accoglimento dell'appello, illustrando le varie fasi della vicenda da cui emergeva la volontà dell'Amministrazione di dettare organica e diversa pianificazione del territorio comunale.

All'udienza del 2 luglio 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. L'appello merita accoglimento nei limiti appresso indicati.

4.1. Al fine di valutare adeguatamente la controversia, si ritiene di dover illustrare i tratti salienti della vicenda.

Con deliberazione della Giunta Comunale n. 44 del 16 febbraio 2006, è stata dichiarata di pubblico interesse, ex art.37 ter L. n.109/1994, la proposta presentata dall'ATI IRCES (con mandanti Final e Apcoa Parking), 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".

Sono susseguiti incontri informali tra l'Amministrazione ed il promotore su alcuni aspetti critici che non hanno consentito di raggiungere un'intesa, anche se l'ATI, il cui il progetto era stato dichiarato di pubblico interesse, aveva avanzato una nuova proposta riorganizzativa della sosta in superficie che non ha avuto seguito.

L'amministrazione comunale, uscita dalle elezioni amministrative del maggio 2008, con deliberazione G. C. n.164/2008, constatato che la procedura di project financing era rimasta ferma ; che il progetto scelto presentava sotto l'aspetto tecnico ed economico profili di criticità; che la normativa sul project financing era stata nel frattempo modificata con riferimento al diritto di prelazione del promotore; che tenuto conto dell'esigenza di approfondimento, in quanto la fase di redazione del Piano strutturale era tuttora in corso ai fini della scelta di fondo sulla valorizzazione del centro città (ove è prevista l'opera in questione) ed era ancora mancante il Piano urbano di traffico, ha ritenuto non conforme all'interesse dell'Ente ed ai programmi dell'Amministrazione l'intervento in questione, revocando la deliberazione G.C. n.44/2006.

Con successiva deliberazione C.C. n.27/2008 è stata poi eliminata dalla programmazione triennale delle opere pubbliche detto intervento, anche se il dispositivo della delibera è alquanto equivoco sul punto.

Infine, nelle more del giudizio sono state adottate le deliberazioni C.C. n.27 del 26 novembre 2009, relativa al finanziamento di opere diverse ed alternative rispetto al parcheggio in questione , e n.38 del 17 giugno 2010 , con cui è stato approvato il piano urbano della mobilità 2010-2012, ribadendosi che gli obiettivi dell'Amministrazione comunale sono nel senso di annullamento del progetto per la realizzazione del parcheggio interrato lungo via Chiesa con conseguente allontanamento dei veicoli dal Centro storico (pagina 2, punto 1).

4.2. Il ricorso di primo grado è stato proposto da due delle società facenti parte del raggruppamento il cui progetto era stato dichiarato di pubblico interesse per l'annullamento della deliberazione della Giunta Comunale di Massa n. 164 del 27 maggio 2008, che aveva revocato la dichiarazione di pubblico interesse di cui alla precedente deliberazione n. 44 del 2006, e della 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.

4.3. Priva di pregio è l’eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di legittimazione delle ricorrenti in ordine all’impugnativa dell’atto di revoca della dichiarazione di pubblico interesse di una proposta presentata nell’ambito della procedura di finanza di progetto la fase di scelta del promotore nella procedura di project financing, sostenendosi dal Comune che nella specie si era ancora nella fase iniziale, relativa alla programmazione e alla definizione del progetto preliminare da mandare in gara, e cioè in un momento nel quale non vi sarebbero posizioni differenziate e affidamenti qualificati.

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”), che 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 si tratta comunque di un iter procedimentalizzato anche nella fase di scelta del promotore (Cfr. Cons. St., A.P., 15 aprile 2010, n. 1), sia pure connotata da ampia discrezionalità amministrativa, che non potrebbe quindi essere sottoposto, in relazione alle 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 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 stipula della concessione per la realizzazione dell’opera pubblica.

4.4. Va condivisa invece la doglianza con la quale l’appellante sostiene che il provvedimento di revoca era adeguatamente motivato con riferimento alla rinnovata valutazione dell’interesse pubblico ostativo alla realizzazione dell’opera.

Nella delibera di giunta sono evidenziati alcuni profili di illegittimità dell’affidamento (criticità tecnico-economica del progetto scelto, sopravvenienza di normativa) e altri aspetti riguardanti una nuova valutazione dell’interesse pubblico alla non realizzabilità dell’opera.

Tale motivazione rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, rispetto a quelle derivanti all’interesse a rimuovere un vizio di illegittimità, con conseguente qualificazione del provvedimento in termini di revoca.

Al riguardo, si osserva che con l’entrata in vigore dell’art. 21-quinquies della l. n. 241/90 il legislatore ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che legittimano l’adozione di un provvedimento di revoca: a) per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) per mutamento della situazione di fatto; c) per nuova valutazione dell’interesse pubblico originario (c.d. jus poenitendi).

La revoca di provvedimenti amministrativi è, quindi, consentita non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell’interesse pubblico originario (Cfr. Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2010, n.1554).

Nel caso di specie, la motivazione del provvedimento di revoca è costituita essenzialmente da una nuova valutazione dell’interesse pubblico rivolto a dettare organica e diversa pianificazione del territorio comunale.

Considerato che nell’esercizio del c.d. jus poenitendi l’Amministrazione gode di ampia discrezionalità, non può ritenersi inadeguata la motivazione posta a fondamento della revoca in esame.

Va aggiunto che la mancata liquidazione dell’indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell’atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l’indennizzo (Cfr. la decisione di questa Sezione, 21 aprile 2010, n.2244), come in concreto avvenuto in questo caso.

4.5. Va condivisa anche la doglianza con la quale si sostiene che nella specie non vi è stata

violazione dell'art. 7 L. n.241/1990 per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca.

Occorre considerare da una parte che vi è stata una certa partecipazione al procedimento delle ricorrenti originarie che hanno predisposto anche una proposta riorganizzativa della sosta in superficie, anche se non ha avuto seguito.

Inoltre, l'Amministrazione comunale ha fornito sufficienti elementi di prova, alla stregua dell'art. 21 octies L. n.241/1990 e successive modificazioni, sul fatto che il contenuto del provvedimento impugnato non poteva essere diverso da quello adottato in considerazione dell'intento perseguito, anche recentemente, di allontanare la circolazione dei veicoli dal centro storico (ove era prevista la realizzazione del parcheggio in contestazione).

4.6. Una volta ritenuto legittimo il provvedimento di revoca viene meno anche il vizio di illegittimità derivata della delibera C.C. n.27/2008.

4.7. Devono a questo punto essere esaminate le censure di primo grado inerenti le questioni patrimoniali, che sono state riproposte in appello dalle ricorrenti originarie.

4.7.1. Va osservato in via preliminare che non pregiudica il diritto dell'impresa a conseguire il risarcimento del danno la clausola dell'avviso in cui si 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".

Detta clausola, come precisato dal TAR, deve considerarsi nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c. (condizione meramente potestativa) poiché subordina qualsiasi responsabilità dell'Amministrazione alla mera volontà dell'amministrazione medesima (Cfr. la decisione di questa Sezione 7 settembre 2009 n. 5245; Cass. S.U 16 ottobre 2007 n. 8951).

4.7.2. Peraltro, la confermata legittimità del provvedimento di autotutela fa venire meno il presupposto su cui è stata fondata la domanda risarcitoria, costituito appunto dall'illegittimità provvedimentoale.

Ciò comporta che l'amministrazione è tenuta a corrispondere il solo indennizzo ex art. 21-quinquies L. n.241/1990 , e non l'integrale risarcimento del danno.

4.7.3. Come è noto, fino ad epoca recente l'orientamento prevalente era nel senso di escludere qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la revoca in modo legittimo di un precedente provvedimento amministrativo vantaggioso per il privato (V. la decisione di questo Consiglio, sez. VI, 6 giugno 1969, n. 266) o per lo meno un indennizzo veniva ammesso solo in casi particolari (V. Cass. S. U. 2 aprile 1959, n. 672).

Attualmente la materia è regolata dall'articolo 21 quinquies legge 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall'art. 14 legge 11 febbraio 2005, n.15, ed integrato dal comma 1bis introdotto dall'art. 13 D. L. 31 gennaio 2007, n. 7, (convertito dalla legge 2 aprile 2007, n.40) , sulla cui base il presupposto dell'attribuzione dell'indennizzo a favore del soggetto che direttamente subisce il pregiudizio presuppone innanzitutto la legittimità del provvedimento di revoca (c.d. responsabilità della P.A. per atti legittimi), come nella fattispecie in esame, atteso che in caso di revoca illegittima subentra eventualmente un problema di risarcimento del danno (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1667; sez. VI, 8 settembre 2009, n.5266).

Inoltre, non venendo in rilievo nel menzionato art. 21-quinquies un risarcimento del danno per responsabilità contrattuale, precontrattuale o extracontrattuale, ove la colpa del danneggiante è comunque essenziale salvo un diverso regime probatorio in relazione a ciascun tipo di responsabilità civile (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124; Sez. VI, 21 maggio 2009, n.3144; Cass. Sez. Lav. , 14 aprile 2008, n. 9817), non occorre neppure accertare la presenza di colpa nell'apparato amministrativo (Cfr. la decisione della Sezione 10 febbraio 2010 n. 671) , contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante.

4.7.4.L'indennizzo spettante al soggetto direttamente pregiudicato dalla revoca di un provvedimento va circoscritto al "danno emergente", come espressamente stabilito nel comma 1 bis dell'art. 21-quinquies L. n.241/1990, ma nel danno emergente debbono essere indubbiamente incluse le spese di partecipazione alla procedura per lesione della pretesa a non essere coinvolto in trattative inutili (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. IV, 4 ottobre 2007, n.5179; Sez. VI 21 maggio 2009, n.3144). Dette spese, che sono state indicate nel ricorso originario in euro 215.000,00, per essere rimborsabili debbono essere adeguatamente documentate, essere necessarie in relazione alla specifica procedura e rispettose dei correnti prezzi di mercato.

Sulle singole spese rimborsabili, che sono debiti di valore, spettano altresì la rivalutazione monetaria compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, dalla data di effettuazione della spesa fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (Cfr. Cons. Stato,Sez, VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

47.5.La somma dovuta a titolo di indennizzo, secondo i criteri sopra indicati, dovrà essere liquidata ai sensi dell' art. 35 comma 2, d. leg.vo. 31 marzo 1998 n. 80, sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205, entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione o notificazione, ove anteriore della presente decisione.

5. Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto nei limiti indicati, con riforma parziale della sentenza del TAR.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio possono essere compensate in relazione alla complessità della vicenda.

P.Q.M.

Accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso di primo grado.

Condanna l'Amministrazione a corrispondere l'indennizzo a favore delle ricorrenti originarie come in motivazione.

Spese dei due gradi compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2010

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