

Procedura di project financing e regime transitorio di cui all'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016

di Giovanni Ranalli, Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 7-12-2016

Il Tar Marche nella sentenza in epigrafe si è posta la questione di quale fosse il regime normativo applicabile alla procedura di project financing sub iudice, se quello cui al d.lgs n. 163 del 2006 ovvero la normativa sopravvenuta introdotta dal d.lgs. 50/2016, alla luce della disciplina transitoria dettata dall'art. 216 del d.lgs. 50/2016

Al fine di risolvere la questione sottoposta al suo esame, Il Tar muove dalla qualificazione giuridica della procedura di project financing, peraltro rifacendosi a consolidata giurisprudenza sul punto, per evidenziare che essa integra un modello unitario di procedimento selettivo finalizzato alla realizzazione di interventi di una certa entità attraverso il concorso di risorse pubbliche e private e che *“all'interno di tale cornice appaiano chiaramente distinte: “la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: mentre quest'ultima nella disciplina innanzi richiamata della legge nr. 109 del 1994, sostanzialmente confluita nell'originario impianto del d.lgs. nr. 163 del 2006, costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il project financing in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (cfr. Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, nr. 6287)”*.

Nella fattispecie all'esame del Tar, lo schema procedurale nel cui ambito si colloca il procedimento sub iudice è quello disciplinato dai commi da 16 a 18 dell'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, che si caratterizza per il fatto che l'iniziativa di realizzare un intervento mediante project financing viene presa da un soggetto privato in caso di inerzia dell'Amministrazione nell'attuare quanto previsto nella programmazione dei lavori pubblici. Poiché il Comune di Ancona non aveva provveduto alla pubblicazione di un bando entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale degli interventi programmati, nei quattro mesi successivi la società ricorrente aveva presentato una propria proposta dotata dei contenuti previsti per le offerte nelle procedure di project financing disciplinate dai commi precedenti del medesimo art. 153.

Nei sessanta giorni ancora successivi l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto procedere con la pubblicazione, con le modalità previste per la pubblicazione dei bandi di gara, dell'avviso contenente i criteri per la valutazione delle proposte, il che non era avvenuto,

essendo l'amministrazione rimasta inerte, e ciò aveva determinato, di fatto, l'arresto della procedura alla fase della presentazione della proposta.

In altri termini, rileva il Tar, tale procedura si era arrestata al subprocedimento di individuazione del promotore, con la conseguenza che, al fine di determinare la disciplina applicabile ratione temporis, il Collegio ritiene dirimente il fatto che *“la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione - che è distinta ed autonoma rispetto alla fase preliminare di individuazione del promotore, pur nell'unitarietà del complesso procedimento di project financing -, non è affatto iniziata sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, sicché la stessa non può che essere disciplinata dalla normativa sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, con ogni conseguenza anche in termini di compatibilità dell'istituto con l'ordinamento vigente.”* Ciò, evidentemente, in base al disposto dell'art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ad ulteriore supporto della propria conclusione il Tar si rifà anche alla disposizione di cui all'art. 216, comma 3, sicchè, ritenendo che tale norma si riferisca all'approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, non essendo tale approvazione ancora intervenuta nel procedimento sottoposto al suo esame, il Collegio ne inferisce che la procedura sub iudice si è conclusa in una fase anteriore all'approvazione del progetto preliminare integrando così gli estremi previsti dalla suddetta norma per l'applicabilità della nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

Guida alla lettura

La procedura di project financing, come chiarito anche dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2012, consta essenzialmente di due fasi:

- una prima fase volta all'individuazione del promotore;
- una seconda, propriamente selettiva, che è finalizzata all'affidamento della concessione.

Con riferimento alla struttura bifasica della procedura di project financing, il Consiglio di Stato ha avuto modo di sottolineare come solo la prima delle due fasi sia connotata da amplissima discrezionalità amministrativa sul rilievo che la stessa non è preordinata alla scelta della migliore tra le offerte presentate ma solo alla preliminare valutazione della sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi, alla luce della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata.

E' invece la seconda fase della procedura di affidamento della concessione che costituisce la vera e propria gara con il conseguente necessario rispetto dei principi comunitari in materia di evidenza pubblica; tale gara, poi, si articola in due distinti momenti nei quali, prima l'offerta del

promotore viene comparata con quelle formulate dagli altri concorrenti sulla base del criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e successivamente ha luogo una procedura negoziata nella quale l'amministrazione tratta con lo stesso promotore e con imprese selezionate quali autrici delle offerte migliori nella fase precedente.

Ciò premesso, pur trattandosi di una procedura selettiva complessivamente unitaria, il Consiglio di Stato ha cionondimeno evidenziato come, a ben vedere, appaiano chiaramente distinte **la fase preliminare di individuazione del promotore** e la **successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione**, tant'è che, mentre quest'ultima costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica, al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore

A tali conclusioni del Consiglio di Stato aderisce in toto la sentenza in commento, la quale fonda il proprio impianto argomentativo proprio sull'affermata autonomia della fase di scelta del promotore rispetto alla successiva fase selettiva di affidamento, al fine di trarne poi importanti ricadute applicative in ordine all'applicabilità alla procedura oggetto di ricorso della nuova disciplina del project financing introdotta dal d.lgs. 50/2016.

Giova a questo punto evidenziare che l'affidamento in finanza di progetto nella normativa previgente di cui al d. lgs. 163/2006 si articolava di fatto in quattro procedure: procedura a gara unica (art. 153, commi 1-14) o a doppia gara (art. 153, comma 15) su iniziativa delle amministrazioni aggiudicatrici; procedura a iniziativa privata a seconda che si tratti di opere contenute nell'elenco annuale delle opere pubbliche (art. 153, commi 16-18) o di opere non presenti nella programmazione triennale dei lavori pubblici ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente (art. 153, comma 19). Per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, recante il nuovo codice dei contratti pubblici, le procedure a doppia gara e quella su iniziativa privata per opere contenute nell'elenco annuale delle opere pubbliche sono state soppresse.

Proprio in conseguenza di ciò, nella fattispecie all'esame del Tar marchigiano, viene impugnata la nota con la quale l'Ente comunale rappresenta l'impossibilità di proseguire la procedura di project financing iniziata con proposta dell'impresa privata, presentata ai sensi dell'art. 153, comma 16, del d.lgs. 163/2006, in virtù di quanto previsto dall'art. 216, comma 1, del d.lgs. 50/2016, la cui disciplina transitoria ha stabilito l'applicabilità della normativa sopravvenuta alle procedure in corso per le quali i bandi e gli avvisi di indizione della gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore. Conseguentemente, non essendo intervenuta, nella fattispecie, la pubblicazione dell'avviso contenente i criteri in base ai quali procedere alla valutazione delle proposte prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo l'Amministrazione resistente la procedura in questione ricadrebbe sotto la vigenza del nuovo codice, che non contempla più, tra quelle possibili ai fini dell'affidamento, l'ipotesi

di cui all'art. 153, comma 16, cit..

La società ricorrente, onde contestare la decisione del Comune di non proseguire la procedura, sostiene la natura unitaria della procedura di project financing, che non può essere scissa, a parere della ricorrente, in serie procedimentali autonome, ma deve essere considerata come un unico procedimento complesso, in cui i vari momenti sono collegati tra loro da uno scopo unitario, che è l'aggiudicazione della gara da parte del promotore finanziario, conseguentemente la normativa applicabile alla procedura non può che essere quella vigente al momento del suo inizio, che coincide con l'inserimento dell'opera da realizzare con capitale privato nel programma dei lavori pubblici o, quantomeno, con la scadenza del termine di sei mesi per la pubblicazione del relativo bando da parte dell'Amministrazione. Infatti, afferma la ricorrente, la proposta da essa presentata ai sensi del comma 9 dell'art. 153, deve configurarsi come una risposta ad un bando per così dire "implicito" dell'Amministrazione, tale dovendo essere intesa l'inerzia serbata da quest'ultima; ciò in quanto, avuto riguardo ai contenuti della proposta, essa ha la funzione di dare l'avvio alla procedura, mentre l'avviso contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte, non va considerato alla stregua di un invito alla gara - dal momento che quest'ultima deve ritenersi già aperta una volta decorsi inutilmente i sei mesi dall'inserimento dell'opera nell'elenco annuale dei lavori pubblici - ma come una "comunicazione pubblica" per portare a conoscenza i criteri di valutazione delle proposte.

Le argomentazioni della ricorrente, seppur pregevoli, non sono però condivise dal Collegio decidente.

Rileva infatti il Tar che il Comune di Ancona non ha provveduto alla pubblicazione dell'avviso contenente i criteri per la valutazione delle proposte entro i 60 gg successivi alla scadenza del termine di quattro mesi previsto dall'art. 153, comma 16, per la presentazione di eventuali proposte a seguito dell'inerzia dell'amministrazione - durante il quale la ricorrente aveva appunto presentato la sua proposta -, cosicché la procedura si era, di fatto, arrestata al subprocedimento di individuazione del promotore.

Il Collegio ritiene quindi che ciò che è rilevante al fine di stabilire la disciplina applicabile *ratione temporis*, è che **la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento** della concessione - che, come detto sopra, **è distinta ed autonoma rispetto alla fase preliminare di individuazione del promotore**, pur nell'unitarietà del complesso procedimento di project financing - non è affatto iniziata sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, sicché la stessa non può che essere disciplinata dalla normativa sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, con ogni conseguenza anche in termini di compatibilità dell'istituto con l'ordinamento vigente.

Tale conclusione sarebbe poi ulteriormente avvalorata anche dalla considerazione secondo cui l'Amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nella valutazione dell'interesse pubblico in ordine all'opportunità di affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero di rinviare la sua realizzazione ovvero di non procedere affatto.

Ritiene infine il Tar che quanto affermato non si ponga in contrasto con la previsione contenuta nel comma 23, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente. Infatti, secondo il Collegio,

l'appena citata disposizione ha semplicemente dettato una disciplina transitoria per i casi in cui la procedura, nel passaggio tra la vecchia e la nuova disciplina, si trovi **nella fase (non ancora conclusa) di approvazione dei progetti** per i quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità: la norma ha stabilito, in altre parole, che i progetti preliminari non ancora approvati al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 debbano essere valutati nella fattibilità economica e finanziaria secondo le disposizioni introdotte dalla novella legislativa.

La ricorrente interpreta la suddetta disposizione come riferita all'approvazione dei progetti preliminari predisposti dall'amministrazione e visto che la delibera comunale di approvazione era già intervenuta prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, mentre d'altro canto il progetto preliminare presentato dalla medesima società ricorrente non aveva ancora ottenuto la dichiarazione di pubblica utilità, ne deduce l'applicabilità della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 163 del 2006.

Il Tar mostra di non condividere tale impostazione, ritenendo invece che l'art. 216, comma 23, citato si riferisca **all'approvazione del progetto preliminare del promotore**. Pertanto, non essendo tale approvazione ancora intervenuta nella procedura sottoposta al suo esame, il Collegio esclude l'applicabilità della vecchia disciplina in virtù dell'espresso dettato normativo. Né può essere considerato rilevante in senso contrario che il progetto presentato dall'impresa non abbia ancora ottenuto la dichiarazione di pubblica utilità, perchè, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, ciò non integra un elemento significativo al fine di sostenere l'applicabilità della vecchia disciplina, ma piuttosto conferma il fatto che la procedura si è arrestata ad una fase ancora anteriore a quella dell'approvazione, con la conseguenza che, a fortiori, essa deve essere fatta ricadere nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016.

N. 00664/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00342/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 342 del 2016, proposto da:

Società Cre.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Galvani, C.F. GLVNDR61P25A271P, con domicilio eletto presso il medesimo in Ancona, corso Mazzini, 156;

contro

Comune di Ancona, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gianni Fraticelli, C.F. FRTGNN58D28A271O, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale del Comune in Ancona, piazza XXIV Maggio, 1;

Comune di Ancona - Dirigente della Direzione Progettazione, Manutenzione, Viabilità, Frana, Protezione Civile e Sicurezza, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della nota del 28/4/2016 inviata via pec a firma del Dirigente della Direzione Progettazione, Manutenzione, Viabilità, Frana, Protezione Civile e Sicurezza del Comune di Ancona avente ad oggetto "Progettazione costruzione e gestione di un impianto di cremazione nel Comune di Ancona - Proposta della CRE.A. s.r.l. presentata in data 14/1/2016 ai sensi dell'art. 155 co.16 del d.lgs. n. 163 del 2006 - Comunicazione in merito allo stato della procedura;

- di ogni atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ancona;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 settembre 2016 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Con il ricorso in epigrafe la società ricorrente impugna la nota del 28 aprile 2016, a firma del Dirigente della Direzione Progettazione, Manutenzione, Viabilità, Frana, Protezione Civile e Sicurezza del Comune di Ancona, comunicata a mezzo pec in pari data, con la quale si rappresenta l'impossibilità di proseguire la procedura di *project financing* iniziata con la proposta di Cre.A. del 13 gennaio 2016, inoltrata ai sensi dell'art. 153, comma 16, del d.lgs. n. 163 del 2006, per la realizzazione di un impianto di cremazione nel cimitero di Tavernelle in Ancona, pervenuta all'Amministrazione il 14 gennaio 2016.

Il Comune ha motivato la propria decisione sulla base delle seguenti considerazioni:

- in primo luogo, osterebbe alla prosecuzione della procedura, l'entrata in vigore, nelle more, del d.lgs. n. 50 del 2016, la cui disciplina transitoria contenuta nell'art. 216, comma 1, ha stabilito l'applicabilità della normativa sopravvenuta alle procedure in corso per le quali i bandi e gli avvisi di indizione della gara siano pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore; pertanto, non essendo intervenuta, nella fattispecie, la pubblicazione dell'avviso contenente i criteri in base ai quali procedere alla valutazione delle proposte prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, la procedura in questione cadrebbe sotto la vigenza di quest'ultimo, che non contempla più, tra quelle possibili ai fini dell'affidamento, l'ipotesi di cui all'art. 153, comma 16, cit.;

- conseguentemente, in base a quanto disposto dall'art. 216, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, all'Amministrazione sarebbe consentito unicamente di avviare una nuova procedura di *project financing*, facendo salvi gli atti di programmazione adottati ed efficaci fino all'entrata in vigore della nuova disciplina sui contratti pubblici, ma non le procedure di attuazione, per le quali vale quanto stabilito dal comma 1 della medesima disposizione transitoria.

I.1. A sostegno del gravame parte ricorrente deduce, con il primo motivo, la violazione

dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della legge n. 241 del 1990, nonché, con il secondo motivo, la violazione dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 153 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006, l'eccesso di potere sotto distinti profili, il difetto di istruttoria e di motivazione e la violazione dell'art. 97 Cost.

Afferma, in sintesi, la ricorrente che:

- il Comune di Ancona ha inserito l'opera in questione nel programma triennale delle opere pubbliche e nell'elenco dei lavori pubblici per l'anno 2015 - con l'espressa previsione che la sua realizzazione sarebbe avvenuta mediante l'apporto di capitale privato - ma non ha provveduto alla pubblicazione del bando entro sei mesi dalla approvazione di tale elenco annuale;
- conformemente, quindi, a quanto disposto dal citato art. 153, comma 16, del d.lgs. n. 163 del 2006, la ricorrente ha provveduto, nei quattro mesi successivi, e precisamente in data 13 gennaio 2016, ad inoltrare la propria proposta di realizzazione, che è stata ricevuta dal Comune il 14 gennaio 2016;
- nelle more della decorrenza dell'ulteriore termine di sessanta giorni dalla scadenza dei quattro mesi di cui al punto precedente - entro il quale l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere a pubblicare un avviso con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 122 del medesimo decreto legislativo n. 163 del 2006, contenente i criteri in base ai quali procedere alla valutazione delle proposte - è entrato in vigore il d.lgs. n. 50 del 2016;
- ciò posto, nel caso in questione è stato male interpretato l'art. 216, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che la proposta presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 156, comma 16, del d.lgs. n. 163 del 2006, avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9, deve configurarsi come una risposta ad un bando per così dire "implicito" dell'Amministrazione, tale dovendo essere intesa l'inerzia serbata da quest'ultima; ciò in quanto, avuto riguardo ai contenuti della proposta, essa ha la funzione di dare l'avvio alla procedura, mentre l'avviso contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte, non va considerato alla stregua di un invito alla gara - dal momento che quest'ultima deve ritenersi già aperta una volta decorsi inutilmente i sei mesi dall'inserimento dell'opera nell'elenco annuale dei lavori pubblici - ma come una "comunicazione pubblica" per portare a conoscenza i criteri di valutazione delle proposte;
- in altri termini, poiché nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata la procedura di scelta del contraente deve ritenersi già conclusa alla scadenza dei quattro mesi previsti dall'art. 153, comma 16, per la presentazione delle offerte - attenendo ad una successiva fase l'individuazione dei criteri di valutazione di esse - la disciplina contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici non può ritenersi applicabile alla procedura in questione, rimanendo la stessa assoggettata a quella di cui al d.lgs. n. 163 del 2006;
- erroneo è anche il richiamo del Comune al comma 3 dell'art. 216 citato, così come erronea è la lettura che di tale norma è stata data nel comunicato congiunto del 22 aprile 2016 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Presidente dell'Autorità Nazionale

Anticorruzione (sempre che quest'ultimo sia da interpretare nel senso impeditivo all'applicazione della previgente disciplina), atteso che proprio il riferimento, nella norma, agli atti di programmazione già adottati ed efficaci e agli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico-privato depone a favore dell'applicabilità delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 alla procedura in esame;

- il Comune non ha tenuto conto di quanto stabilito dal comma 23 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016; ed invero, proprio perché il progetto preliminare presentato da Cre.A. non ha ancora ottenuto la dichiarazione di pubblico interesse e lo stesso è stato approvato con delibera di Giunta n. 345 del 23 maggio 2006, confermata dalla delibera di Giunta n. 175 del 30 marzo 2016, avente ad oggetto sempre la medesima progettazione di base, esso rientra tra quelli che la norma consente di sottoporre all'applicazione della previgente disciplina.

A sostegno della tesi secondo cui alla procedura in questione sarebbe ancora applicabile la disciplina di cui all'art. 153, comma 16, del d.lgs. n. 163 del 2006 vi sarebbero anche considerazioni di carattere generale.

- In primo luogo parte ricorrente afferma la natura unitaria della procedura di *project financing*, che non può essere scissa in serie procedimentali autonome, ma che va considerata come un unico procedimento complesso, in cui i vari momenti sono collegati tra loro da uno scopo unitario, che è l'aggiudicazione della gara da parte del promotore finanziario; conseguentemente, la normativa applicabile alla procedura non può che essere quella vigente al momento del suo inizio, che coincide con l'inserimento dell'opera da realizzare con capitale privato nel programma dei lavori pubblici o, quantomeno, con la scadenza del termine di sei mesi per la pubblicazione del relativo bando da parte dell'Amministrazione.

- In secondo luogo, oltre a fare leva sul principio di tutela dell'affidamento del privato, che altrimenti sarebbe frustrato, parte ricorrente richiama in via interpretativa la disciplina transitoria intervenuta rispetto all'entrata in vigore dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2008 (terzo correttivo al codice dei contratti pubblici) che, nell'indicare il termine di pubblicazione dei bandi quale limite temporale che scandisce il passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, farebbe riferimento ai bandi emanati dall'Amministrazione nel termine dei sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale.

I.2. Con memoria depositata in data 28 giugno 2016 si è costituito in giudizio il Comune di Ancona che - pur sottolineando l'indubbia incertezza interpretativa della normativa applicabile ed auspicando l'intervento chiarificatore di questo Tribunale - ha chiesto la reiezione del ricorso, valorizzando, a sostegno della legittimità dell'operato dell'Amministrazione, la natura dell'avviso contenente i criteri in base ai quali si sarebbe proceduto alla valutazione delle proposte, da pubblicare entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi per la presentazione delle proposte stesse; tale avviso, infatti, dà l'avvio ad una ulteriore e significativa fase della procedura, consistente nell'esame delle proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei predetti criteri di valutazione, nell'individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse e nel porre il progetto a base di gara seguendo una delle procedure di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 153, comma 16, del d.lgs. n. 163 del 2006.

I.3. Alla pubblica udienza del 16 settembre 2016, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata posta in decisione.

II. Ciò posto, reputa il Collegio di poter iniziare l'esame del ricorso partendo dal secondo motivo.

II.2. Le argomentazioni della società ricorrente, pur pregevoli e ben sviluppate, non possono trovare condivisione per le ragioni che seguono.

Ed invero, in base ai principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla qualificazione giuridica della procedura del *project financing* (in particolare, vedasi Cons. Stato, Ad. Plen. 15 aprile 2010, n. 2155, a sua volta richiamata da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1), non è condivisibile l'impostazione *"...che considera tale procedura integrante un modello unitario di procedimento selettivo, in quanto la disciplina positiva in materia (non modificata, sotto tale profilo, neanche dalle più recenti modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, introdotte dal decreto legislativo 11 settembre 2008, nr. 152) denuncia chiaramente l'intento del legislatore di disinteressarsi delle forme giuridiche, per privilegiare la sostanza economica dell'operazione di finanza di progetto, intesa alla realizzazione di interventi di una certa entità attraverso il concorso di risorse pubbliche e private; a tale risultato, per lo più perseguito (come nel caso di specie) mediante l'impiego dello strumento della concessione di costruzione e gestione, sul piano procedurale corrisponde la giustapposizione di una pluralità di modelli negoziali i quali, ancorché teleologicamente connessi in vista del raggiungimento del risultato economico suindicato, conservano la propria autonomia (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, nr. 142; id. 20 ottobre 2004, nr. 6847). All'interno di tale cornice, appaiono chiaramente distinte, anche alla stregua della consolidata giurisprudenza, la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: mentre quest'ultima nella disciplina innanzi richiamata della legge nr. 109 del 1994, sostanzialmente confluita nell'originario impianto del d.lgs. nr. 163 del 2006, costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il project financing in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (cfr. Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, nr. 6287)".*

Dall'affermata autonomia della fase di scelta del promotore rispetto alla successiva fase articolata in gara e procedura negoziata discendono taluni corollari.

Innanzitutto, *"in coerenza con i principi generali in tema di legittimazione e interesse al ricorso, l'atto di scelta del promotore è ... immediatamente e autonomamente lesivo, e immediatamente impugnabile da parte degli interessati"*; in secondo luogo, *"le conclusioni raggiunte, per quanto riferite alla disciplina, non più vigente, dettata dagli artt. 37bis 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"; in terzo luogo, "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)" (cfr., Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/2012, cit.).

Inoltre, la posizione del promotore, che si assume oltre il rischio economico anche quello amministrativo, è esposta al dovere permanente di verifica di fattibilità del progetto in capo all'Amministrazione; pertanto, *"è legittima l'esclusione del progetto presentato da una società promotrice sulla base della valutazione negativa anche di uno solo dei parametri indicati, essendo compito dell'Amministrazione valutare se il progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori possa avere attuazione. In sostanza, è riconosciuta all'Amministrazione un'ampia discrezionalità - di tipo amministrativo e non meramente tecnico - che si sostanzia, in quanto tale, sulla preponderante valutazione dell'interesse pubblico in ordine all'opportunità di affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto"* (testualmente, T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 1° luglio 2016, n. 7571; conformi, T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 689; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 10 maggio 2013, n. 1241).

Il.3. Ciò premesso in termini generali, ostano all'applicazione della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 alla procedura in esame, nel senso prospettato dalla ricorrente, le seguenti considerazioni.

- Nella fattispecie, lo schema procedurale nel cui ambito si colloca il procedimento in questione è quello disciplinato dai commi da 16 a 18 dell'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006, che si caratterizza per il fatto che l'iniziativa di realizzare un intervento mediante l'istituto in discorso viene presa da un soggetto privato in caso di inerzia dell'Amministrazione nell'attuare quanto previsto nella programmazione dei lavori pubblici. Poiché, infatti, il Comune di Ancona non ha provveduto alla pubblicazione di un bando entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale di essi, nei quattro mesi successivi Cre.A. ha presentato una propria proposta dotata dei contenuti previsti per le offerte nelle procedure di *project financing* disciplinate dai commi precedenti della medesima disposizione (art. 153 del d.lgs. n. 16 del 2006).

- Nei sessanta giorni ancora successivi l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto procedere con la pubblicazione, con le modalità previste per la pubblicazione dei bandi di gara, dell'avviso contenente i criteri per la valutazione delle proposte, in cui si sarebbe eventualmente rappresentata la possibilità (per i soggetti diversi dal presentatore della proposta originaria) di presentare proposte alternative, oppure (per il presentatore della proposta originaria) di riformulare la proposta presentata; ciò che, di fatto, non è avvenuto, essendosi la procedura in parola arrestata alla fase della presentazione della proposta da parte di Cre.A.

- In altri termini, detta procedura si è arrestata al subprocedimento di individuazione del

promotore, a nulla rilevando che a ciò si sia giunti attraverso un atto di iniziativa privata dello stesso promotore, ai sensi dell'art. 153, comma 16, del d.lgs. n. 163 del 2006, e non mediante una valutazione comparativa delle proposte presentate da più soggetti promotori, secondo le procedure previste nei precedenti commi della medesima disposizione. Ciò che invece rileva nella fattispecie, al fine di stabilire la disciplina applicabile *ratione temporis*, è che la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione - che, come sopra detto è distinta ed autonoma rispetto alla fase preliminare di individuazione del promotore, pur nell'unitarietà del complesso procedimento di *project financing* - non è affatto iniziata sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, sicché la stessa non può che essere disciplinata dalla normativa sopravvenuta di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, con ogni conseguenza anche in termini di compatibilità dell'istituto con l'ordinamento vigente.

- Tale conclusione trova conforto anche nell'ulteriore considerazione secondo cui l'Amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nella valutazione dell'interesse pubblico in ordine all'opportunità di affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero di rinviare la sua realizzazione ovvero di non procedere affatto.

- Né quanto sopra argomentato si pone in contrasto con la previsione contenuta nel comma 23 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Tale disposizione stabilisce che “i progetti preliminari relativi alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità riguardanti proposte di concessione ai sensi dell'articolo 153 ovvero dell'articolo 175 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, per le quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse, non ancora approvati alla data di entrata in vigore del presente codice, sono oggetto di valutazione di fattibilità economica e finanziaria e di approvazione da parte dell'amministrazione ai sensi delle norme del presente codice. La mancata approvazione determina la revoca delle procedure avviate e degli eventuali soggetti promotori, ai quali è riconosciuto il rimborso dei costi sostenuti e documentati per l'integrazione del progetto a base di gara, qualora dovuti, relativi allo studio di impatto ambientale ed alla localizzazione urbanistica”.

La ricorrente sostiene, in sostanza, che la suddetta disposizione conferma l'applicabilità, alla procedura in esame, della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 163 del 2006, sia perché il progetto preliminare presentato da Cre.A. non ha ancora ottenuto la dichiarazione di pubblica utilità, sia perché il progetto preliminare dell'opera predisposto dal Comune, già approvato con deliberazione della Giunta n. 345 del 23 maggio 2006, è stato riapprovato con deliberazione della giunta n. 175 del 30 marzo 2016, ossia prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016.

La tesi non è condivisibile, dal momento che la citata disposizione ha semplicemente dettato una disciplina transitoria per i casi in cui la procedura, nel passaggio tra la vecchia e la nuova disciplina, si trovi nella fase (non ancora conclusa) di approvazione dei progetti per i quali sia già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità; essa ha stabilito, cioè, che quelli non ancora approvati al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 sarebbero stati valutati nella fattibilità economica e finanziaria secondo le disposizioni introdotte dalla novella legislativa.

Da tale previsione normativa non è possibile, quindi, trarre le conclusioni cui è giunta la ricorrente.

Qualora, infatti, la disposizione transitoria contenuta nell'art. 216, comma 23, del d.lgs. n. 50 del 2016 la si interpreti nel senso che essa si riferisca all'approvazione dei progetti preliminari predisposti dall'Amministrazione - come sembra prospettare la ricorrente - detta fase, nel caso in esame, deve ritenersi già conclusa con l'adozione della delibera n. 175 del 30 marzo 2016; ciò non implica, tuttavia, che le successive fasi della procedura debbano necessariamente continuare sotto la vigenza della vecchia disciplina, restando fermo quanto sopra argomentato in merito all'autonomia della fase della selezione della proposta e dell'affidamento, che sarà comunque disciplinata, *ratione temporis*, dalle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016.

Qualora invece si voglia ritenere che l'art. 216, comma 23, citato si riferisca all'approvazione del progetto preliminare del promotore, poiché tale approvazione non è ancora intervenuta nella procedura in esame, l'applicazione della vecchia disciplina è esclusa per espresso dettato normativo; né il progetto ha ottenuto la dichiarazione di pubblica utilità, che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, non è un elemento significativo al fine di sostenere l'applicabilità della vecchia disciplina, ma piuttosto conferma il fatto che la procedura è in una fase ancora anteriore a quella dell'approvazione, sicché, *a fortiori*, essa ricade nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016.

II.4. Le argomentazioni che precedono sono sufficienti a dimostrare l'infondatezza del secondo motivo di ricorso.

III. Va disattesa anche la censura contenuta nel primo motivo, con cui parte ricorrente lamenta l'omessa comunicazione di avvio del procedimento volto all'interruzione della procedura in questione.

Innanzitutto si osserva che, per quanto sopra esposto, la scelta dell'Amministrazione non avrebbe potuto essere diversa da quella adottata, sicché inutile si sarebbe rivelato qualsiasi apporto partecipativo del privato.

In secondo luogo, poiché si è in presenza di una procedura di *project financing* per così dire "ad iniziativa privata", essa si atteggia come qualsiasi procedimento amministrativo ad iniziativa di parte, in cui non è necessaria la comunicazione di avvio dello stesso, atteso che gli interessati devono considerarsi comunque a conoscenza di esso e, quindi, in condizione di interloquire attivamente con l'Amministrazione per esercitare i propri diritti partecipativi secondo i principi del giusto procedimento.

IV. In conclusione, il ricorso va respinto.

V. Avuto riguardo alla novità e alla complessità delle questioni giuridiche affrontate, per lo più afferenti all'interpretazione della disciplina transitoria contenuta nella recente novella normativa di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nelle camere di consiglio dei giorni 16 settembre 2016 e 21 ottobre 2016, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere

Simona De Mattia, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi