

**APPALTI - FINANZA DI PROGETTO - REVOCA PROPOSTA - RESPONSABILITA' DELLA PA - INSUSSISTENZA**

Nell'ambito del project financing avviato su istanza di parte il promotore assume consapevolmente il rischio che quanto proposto non venga poi concretamente realizzato. È quindi legittima la revoca della proposta inizialmente approvata qualora nel corso della procedura sopravvengano fattori tali da rendere la medesima non conveniente per la stazione appaltante.

**TAR Campania, Napoli, Sez. II, sentenza n. 218/2019**

Pubblicato il 15/01/2019

**N. 00218/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 01073/2018 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1073 del 2018, proposto da Ambra Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via G. Carducci n. 37;

***contro***

Comune di Melito di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luciano Pennacchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

*previa l'adozione di misure cautelari*

a) della delibera di Giunta Comunale n. 19 del 14.2.2018, comunicata in data 16.2.2018, recante “Progetto per la gestione integrata degli impianti di pubblica illuminazione ed impianti elettrici degli immobili comunali, compreso le parti comuni degli alloggi ex L. n. 219/81, impianti semaforici e luminarie natalizie, volto al risparmio energetico ed incluso il pagamento delle utenze. Dichiarazione di insussistenza pubblico interesse. Revoca delibera di G.M. n. 76 del 21.7.2016”;

b) di ogni altro atto alla stessa preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo, anche endoprocedimentale ed istruttorio, ivi compresa la relazione istruttoria del R.U.P. datata 18.1.2018 e richiamata nel provvedimento sub a) impugnato;

nonché

- per il risarcimento del danno ex art. 30 C.P.A. mediante reintegrazione in forma specifica mercè la declaratoria dell'obbligo e la conseguente condanna ad indire la procedura per l'affidamento della concessione con riconoscimento in capo al promotore del diritto di prelazione ex art. 183, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 o, in via graduata, per equivalente pecuniario pari al reddito netto dell'investimento per la durata stimata della concessione, ovvero a circa euro 1.780.000,00 (pari al 10 % del valore complessivo dell'intervento di € 17.800.000,00 iva esclusa), oltre al danno curriculare da stimarsi, pari al 3% dell'investimento medesimo o alla maggiore o minor somma da liquidare, anche in via equitativa o

mediante sentenza c.d. sui criteri ex art. 34, comma 4, C.P.A., da maggiorarsi di interessi legali, moratori e rivalutazione monetaria;

- sempre e comunque, per il risarcimento del danno da ritardo ex art. 30, comma 4, C.P.A.;

- in via gradata e nella denegata ipotesi in cui non si dovesse pervenire all'annullamento del provvedimento impugnato sub a), del risarcimento del danno “da atto lecito” nei limiti del c.d. interesse negativo o, comunque, per l'indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241/90 nella misura almeno pari ad euro 445.000,00 euro (cioè al 2,5 % dell'investimento pari ad € 17.800.000,00 iva esclusa), parametrato alle spese sostenute, oltre alla perdita di chances, da maggiorarsi di interessi legali, moratori e rivalutazione monetaria.

Visto il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Melito di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2018 la dott.ssa Antonella Lariccia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 08.03.2018 la società Ambra Med S.r.l. invoca l'annullamento, previa sospensione, degli atti in epigrafe indicati lamentando:

- Violazione degli artt. 7 e 10 della L. n. 241/90 – Violazione del giusto procedimento di legge – Violazione del principio di partecipazione al procedimento amministrativo e dei principi in materia di atti di riesame o di secondo grado – Eccesso di potere – Difetto di istruttoria;
- Violazione dell'art. 97 cost. – Falsa applicazione degli artt. 3 e 21 *quinquies* della L. n. 241/90 - Violazione dell'art. 153, comma 19, del D.Lgs. n. 163/2006 (ora art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016) - Violazione dell'art. 14 della L. n. 94/2012 - Eccesso di potere – Falsità della causa – Sviamento - Difetto di istruttoria – Irragionevolezza – Illogicità manifesta – Travisamento dei fatti – Erroneità nei presupposti di fatto e di diritto - Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa – Violazione dei principi di buona fede ed affidamento;
- In via subordinata, sulla domanda di risarcimento del danno *da culpa in contrahendo*, da atto legittimo e/o di liquidazione dell'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della L. n. 241/90: Violazione dell'art. 97 cost. - Violazione dei principi di legittimo affidamento e dei canoni di buona fede e correttezza.

La Società ricorrente formula altresì domanda di risarcimento dei danni patiti, mediante reintegrazione in forma specifica o per equivalente, oltre al danno curriculare ed al danno da ritardo, o in via graduata, domanda di risarcimento del danno da ritardo, il tutto oltre accessori di legge.

Espone, in particolare, la Società ricorrente di avere formalizzato, in data 30.4.2014 (nota prot. n. 8588), al Comune di Melito di Napoli una proposta di realizzazione in concessione di un progetto di gestione integrata degli impianti di pubblica illuminazione volta a conseguire l'efficientamento della rete ed il risparmio energetico, completa di tutti gli elementi e gli allegati di cui all'art. 153, comma 19, del D.Lgs. n. 163/2006; tale proposta veniva recepita dal Comune intimato, tanto è vero che la medesima veniva inserita nel piano triennale opere pubbliche 2014-2016 annesso al bilancio previsionale approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 60 del 30.09.2014.

Poiché la Giunta comunale non provvedeva alla formale approvazione del progetto preliminare presentato, con deliberazione di Consiglio comunale n. 39 del 28.8.2015, l'Ente approvava il bilancio previsionale 2015, con annesso elenco annuale e programma triennale delle opere pubbliche 2015-2017, la cui proposta era stata licenziata dalla Giunta con delibera giuntale n. 90 del 30.7.2015, il quale comprendeva l'intervento de quo, denominato *“Gestione integrata dei consumi energetici e delle manutenzioni degli impianti di pubblica illuminazione e degli impianti elettrici degli immobili comunali (gestione pluriennale)”*.

Il proposto intervento, perciò, veniva anche inserito nel P.E.G. specificamente sotto forma di finanza di progetto, tuttavia a causa della perdurante inerzia dell'Amministrazione Comunale intimata la Società ricorrente adiva codesto TAR che, con sentenza n. 1283/2016, ha dichiarato *“l'illegittimità del silenzio del Comune di Melito di Napoli sull'atto*

*indicato in motivazione e l'obbligo del medesimo di provvedere su di essa, mediante indizione della gara di cui all'art. 153, comma 19, del D.lgs. 163/06"*; in esecuzione di detta pronuncia, pertanto, veniva indetta dall'Amministrazione Comunale resistente apposita Conferenza dei Servizi in data 13.5.2016, nel corso della quale venivano concordate una serie di modifiche progettuali, e la Giunta Comunale, con deliberazione n. 76 del 21.7.2016, approvava il progetto preliminare per l'importo complessivo annuo di euro 890.000,00 a carico dell'Ente come spesa energetica consolidata, dichiarando il pubblico interesse della proposta, e con determinazione n. 886 dell'11.11.2016 veniva approvata la determina a contrarre ed assunto il relativo impegno di spesa, in modo da avviare il procedimento di scelta del contraente mediante finanza di progetto.

Successivamente, e nonostante la Società ricorrente avesse, nel corso dei mesi successivi, apportato tutta una serie di modifiche progettuali richieste dall'Amministrazione Comunale intimata, la Giunta comunale, senza nemmeno comunicare al promotore individuato l'avvio del procedimento ex art. 7 della L. n. 241/90, con l'impugnata deliberazione n. 19 del 14.2.2018, si determinava a revocare l'atto approvativo del progetto preliminare, dichiarando l'insussistenza del pubblico interesse, della proposta della Società ricorrente.

Si è costituito in giudizio il Comune di Melito di Napoli eccependo l'infondatezza nel merito dello spiegato ricorso e, all'udienza pubblica del 04.12.2018, sulle conclusioni delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Tanto premesso, osserva il Collegio che lo spiegato ricorso è infondato nel merito e va pertanto respinto.

La Società ricorrente, nei motivi di gravame articolati nello spiegato ricorso, lamenta – in buona sostanza – la lesione dell'art 7 L. 241/90, per non avere ricevuto alcun avviso dell'avvio del procedimento sfociato nell'impugnata revoca, che la motivazione del provvedimento impugnato non dia adeguatamente conto delle ragioni per cui il progetto proposto improvvisamente non sia stato più considerato dall'Amministrazione Comunale resistente conveniente e rispondente all'interesse pubblico, anche considerato l'affidamento ingenerato nella medesima Società ricorrente in ragione dello stadio ormai avanzato del progetto e del relativo iter di perfezionamento, e che in ogni caso la condotta del Comune di Melito di Napoli non sia stata improntata ai dovuti e necessari canoni della correttezza e buona fede.

Orbene, è emerso dagli atti del giudizio e dalle difese svolte dalle parti costituite, che a seguito del mutamento del contesto normativo sopravvenuto nel corso del necessariamente più lungo e complesso *iter* procedimentale sfociato nell'adozione del provvedimento da ultimo impugnato – in particolare a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti di cui al D. Lgs. 50/2016 e successive modifiche -, si sono rese necessarie tutta una serie di verifiche sul progetto da parte dell'Amministrazione Comunale resistente, che sono sfociate nella richiesta di apportare una serie di successive modifiche ed aggiornamenti al progetto originariamente presentato dalla

Società ricorrente; più in particolare, nel corso di questo rinnovato *iter* procedimentale necessitato dal mutato quadro normativo, che è stato comunque sempre caratterizzato da una fitta interlocuzione tra Società ricorrente e Amministrazione Comunale resistente – , sono emerse tutta una serie di criticità che hanno infine portato all'adozione dell'atto impugnato, considerato che il progetto via via rimaneggiato non prevedeva una serie di interventi – semafori, illuminazione di parti comuni di edifici di edilizia economica e popolare, illuminazione natalizia – o comunque prevedeva tutta una serie di extra costi che l'ente comunale avrebbe dovuto sostenere per la mancata copertura di oneri non compresi negli interventi a carico del concessionario, e meglio indicati nella relazione istruttoria prot.n.1611 del 18/01/18, emersi solo dopo l'assunzione della deliberazione di Giunta Comunale n. 76 del 21.7.2016 di approvazione del progetto preliminare, che è stata perciò revocata dall'Amministrazione Comunale resistente considerata l'emersa sopravvenuta antieconomicità dell'intervento proposto, per tale ragione ritenuto non più rispondente all'interesse pubblico.

Alla luce delle suesposte considerazioni emerge, a parere del Collegio, l'infondatezza in primo luogo del primo motivo di impugnazione articolato nello spiegato gravame, in cui la Società ricorrente lamenta la violazione dell'art. 7 L. 241/90, considerato che nel caso di specie, pur non essendo stata data dall'Amministrazione Comunale resistente formale comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'atto approvativo del progetto preliminare, il relativo *iter* procedimentale è



stato sempre comunque caratterizzato da una fitta interlocuzione tra Società ricorrente e Amministrazione Comunale resistente, che ha messo ampiamente in condizione la prima di interloquire e dedurre in ordine alle richieste di modifiche ed alle criticità di volta in volta segnalate dal Comune; orbene, al riguardo, la condivisibile giurisprudenza ha da tempo chiarito che *“la disposizione dettata dall'art. 7 l. n. 241 del 1990 è preordinata al fine di consentire gli apporti collaborativi e difensivi ai titolari degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa. Tale adempimento sarebbe manifestamente superfluo allorché il contraddittorio procedimentale è già virtualmente instaurato o perché il procedimento è promosso ad iniziativa della stessa parte o perché quest'ultima è comunque a conoscenza del procedimento pendente, sicché nulla avrebbe impedito all'interessato di prendere visione degli atti del procedimento e di presentare le memorie e i documenti ritenuti utili ai fini della prospettazione delle proprie ragioni”* (cfr, TAR Campania Napoli, Sez. V, n.5480 del 17/12/2001), mentre con specifico riferimento alle ipotesi di provvedimento di revoca adottato con riferimento a casi di *cd project financing*, è stato altresì condivisibilmente osservato che non assume *“alcun pregio la dedotta violazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990, visto che l'atto di ritiro si inserisce in un procedimento (quello di project financing) avviato su istanza di parte, quando lo stesso era ancora in itinere e non ancora formalmente concluso. Ne consegue quindi, che si versava in una fase embrionale della procedura, come tale inidonea a ingenerare nella società ricorrente una posizione di affidamento giuridicamente tutelabile”* (cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 16/11/2017, n. 5419).

Analogamente, opina il Tribunale che nemmeno siano ravvisabili, nel caso di specie, i lamentati profili di eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, considerato che il provvedimento impugnato appare diffusamente motivato, ed anche la evidenziata sollecitazione delle modifiche, giustificate dal rinnovato quadro normativo, dal sostanziale mutamento del progetto rispetto alla sua originaria consistenza, in uno alle criticità via via emergenti nel corso del necessario approfondimento progettuale propedeutico all'effettivo affidamento in concessione del progetto, sembrano comunque inserirsi nell'ambito di una condotta non scorretta del Comune che, nell'esercizio della lata discrezionalità che pure caratterizza la fattispecie in questione, è infine addivenuto alla decisione (opinabile ma per ciò solo) non illegittima di revocare la precedente deliberazione di Giunta Comunale n. 76 del 21.7.2016 di approvazione del progetto preliminare.

Peraltro, è noto come secondo il condivisibile indirizzo giurisprudenziale in tema di *project financing*, la scelta di dare o meno corso all'affidamento del progetto, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, rappresenta una tipica forma di “*manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa*” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 207/2017; Sez. III, n. 1365/2014; n. 4026/2013; n. 2838/2013; n.2418/2013); si è

infatti da tempo evidenziato da parte della condivisibile giurisprudenza, che nella presentazione del progetto da parte del promotore vi è un'assunzione consapevole di rischio che quanto proposto non venga poi stimato conforme all'interesse pubblico e dunque davvero da realizzare (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365), in quanto *“dalla dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore privato non deriva alcun vincolo per l'amministrazione di affidare la concessione, essendo necessaria da parte di quest'ultima una scelta ulteriore, analogamente a quanto avviene per qualsiasi decisione di affidare un contratto. In particolare, rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicistici, la complessiva disciplina dell'istituto del project financing si contraddistingue perché l'iniziativa in questo caso non è assunta dall'amministrazione stessa, ma dal privato. Senonché anche una volta che la proposta di quest'ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, lo stesso non acquisisce alcun diritto pieno all'indizione della procedura, ma una mera aspettativa, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine all'opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, Sentenza n.4177 del 21 giugno 2016; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, n. 3347/2015); ciò in quanto la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 giugno 2016 n. 4177), ma non prima.

Pertanto, considerato che il proponente si assume il rischio di non essere poi a sua volta il soggetto che esegue il progetto proposto, che la

condotta dell'Amministrazione Comunale resistente non appare scorretta e la revoca appare (certo opinabile ma) non illegittima, il Collegio ritiene che non meritino accoglimento nemmeno le domande risarcitorie formulate dalla Società ricorrente, per mancanza dei relativi elementi costitutivi, alla luce della ritenuta legittimità del provvedimento impugnato, ivi compresa la domanda di risarcimento del danno da ritardo, considerate tutte le plurime integrazioni e modifiche progettuali che hanno caratterizzato la fattispecie in oggetto.

Con particolare riguardo poi alla rilevata insussistenza, nella condotta dell'Amministrazione Comunale resistente, di profili di responsabilità precontrattuale, il Tribunale si limita a richiamare la condivisibile giurisprudenza che evidenzia come, a fronte della condotta dell'Amministrazione che eserciti il proprio potere di revoca dell'approvazione del progetto, non si rinviene alcun affidamento tutelabile da parte del promotore circa il consolidamento della propria posizione, atteso che *“la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua ad essere immanente all'Amministrazione e non coercibile dall'esterno, ma dipendente da valutazioni in ordine all'attualità e alla convenienza dell'affidamento. Ne consegue ancora che in detta elaborazione e conseguente presentazione di progetto e accessori vi è, da parte del promotore, un'assunzione consapevole di rischio che, a quanto proposto, non venga poi stimato conforme all'interesse pubblico e dunque davvero da realizzare. Deve, quindi, ritenersi che una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato, l'Amministrazione non è tenuta a dare corso della*

*procedura di gara, essendo libera di scegliere — attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale — se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto; nel caso di specie, il mutamento delle condizioni fattuali che ha indotto l'Amministrazione a valutare la non praticabilità dell'opera oggetto di project financing è dipeso da un insieme di fattori che non consentono di rinvenire in capo ad essa un comportamento colpevole, tale da renderle imputabile una responsabilità precontrattuale come quella invocata nel giudizio” (cfr T.A.R. Napoli sez.I, Sentenza n.1803 del 04/04/2017).*

Da ultimo, il Collegio ritiene che non sia meritevole di accoglimento nemmeno la domanda di risarcimento per danno/indennizzo ex art.21 quinquies della L.n.241/90, avanzata in via gradata dalla Società ricorrente; a tale conclusione si perviene sia perché in materia di project financing vige la disciplina di cui all’art. 183 commi 12 e 15 del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che riconosce espressamente al proponente il solo diritto al rimborso delle spese per la predisposizione del progetto, da far valere nei confronti dell'aggiudicatario a conclusione della gara, nel caso in cui il promotore non risulti aggiudicatario, e sia perché l'indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241/1990 non spetta in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, ma solo in caso di revoca di atti durevoli, stabilmente attributivi di vantaggi, laddove invece – per quanto sin qui osservato - la dichiarazione di pubblico interesse del progetto presentato dal promotore non è un atto durevole, ovvero attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, ma meramente ed eventualmente prodromico

alla successiva indizione di una gara (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 25 ottobre 2017 n. 10695; T.A.R. Napoli, sez. I, 04 aprile 2017 n. 1803; T.A.R. Palermo, sez. III, 13 ottobre 2016, n. 23639; T.A.R. Latina, 28 febbraio 2013, n. 207).

Conclusivamente, per le ragioni sopra sinteticamente esposte, lo spiegato ricorso è infondato nel merito e va pertanto respinto, mentre sussistono i presupposti di legge, in ragione della complessità e di taluni aspetti di assoluta novità dell'oggetto del giudizio, per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania Napoli (Sezione Seconda), 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 Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Antonella Lariccia, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Antonella Lariccia**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Pennetti**

## IL SEGRETARIO