

Nota a Consiglio di Stato, Sez. III, 19 settembre 2022, n. 8072

Finanza di progetto (*project financing*): la dichiarazione di pubblico interesse non limita i poteri di revoca dell'Amministrazione

di **Gianluca Briganti**¹

Abstract

Il Consiglio di Stato, nella sentenza 19 settembre 2022, n. 8072, si è pronunciato in materia di “finanza di progetto” (c.d. *project financing*) qualificando la natura della dichiarazione di fattibilità e di pubblico interesse e, conseguentemente, delimitando l’ambito applicativo del potere tutorio di “revoca” del medesimo atto. Secondo il Giudice Amministrativo, l’Amministrazione può disporre la revoca della dichiarazione di fattibilità e di pubblico interesse, del progetto presentato dal proponente, senza dover applicare particolari garanzie procedurali. La dichiarazione di pubblico interesse, infatti, costituirebbe un “atto a carattere pre-procedimentale”; pertanto, affermato tale regime giuridico, esso sarebbe inidoneo a determinare, nei confronti del soggetto privato, né vantaggi né lesioni. La posizione del privato verrebbe assimilata a quella di una “mera aspettativa di fatto”.

The Council of State, in sentence No. 8072 of September 19, 2022, pronounced on the matter of “project financing” qualifying the nature of the feasibility and public interest declaration and, consequently, delimiting the scope of the supervisory power of "revocation" of the same act. According to the Administrative Judge, the Administration can revoke the feasibility and public interest declaration of the project presented by the proponent, without having to apply particular procedural safeguards. The declaration of public interest, in fact, would constitute a “pre-procedural act”; therefore, once such a legal regime is affirmed, it would be unsuitable for determining, with respect to the private party, either advantages or injuries. The position of the private party would be assimilated to that of a “mere expectation of fact”.

1. Premessa

La Terza sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, nella sentenza 19 settembre 2022, n. 8072, si è pronunciata in materia di finanza di progetto (c.d. *project financing*), istituto regolato dall’art. 183 del d. lgs. n. 50/2016 (il Codice dei contratti pubblici).

¹ Avvocato – Dottorando di Ricerca in Diritto Pubblico, Comparato e Internazionale dell’Università di Roma “La Sapienza”.



Nello specifico, la pronuncia in oggetto ha delimitato l'ambito del potere tutorio di "revoca" (di cui all'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990) a seguito della dichiarazione di pubblico interesse relativa ad una procedura di *project financing*.

I Giudici di Palazzo Spada hanno statuito che, relativamente alle procedure di *project financing*, l'intervenuta dichiarazione di pubblico interesse del progetto presentato dal promotore privato non limita i poteri di revoca dell'Amministrazione; conseguentemente, la Pubblica Amministrazione, attesa l'elevata discrezionalità della prima fase pre-procedimentale, non è vincolata a dare corso alla procedura di gara.

2. Il fatto

La Regione Abruzzo aveva dichiarato la "fattibilità e il pubblico interesse" della proposta - presentata con lo schema del *project financing* - relativa alla realizzazione di un nuovo ospedale e di gestione di alcuni servizi non sanitari e commerciali.

Tuttavia, decorso diverso tempo dalla dichiarazione di fattibilità e di pubblico interesse della proposta, l'Amministrazione disponeva la revoca degli atti con il quale era stata disposta la procedura di affidamento in *project financing*. Infatti, a causa di mutate necessità di interesse pubblico, dovute anche all'imprevedibile emergenza pandemica, l'Amministrazione regionale aveva ritenuto necessario ridefinire le reti ospedaliere e territoriali.

Si rendeva necessario, dunque, ripensare il sistema sanitario regionale al fine di affrontare eventi pandemici o eccezionali. Conseguentemente, non veniva dato corso alla procedura e, pertanto, i soggetti promotori adivano il competente T.A.R. e, in grado d'appello, il Consiglio di Stato.

3. La decisione del Consiglio di Stato

La Terza sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, confermando la decisione del giudice di prime cure (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 29 novembre 2021, n. 530), ha respinto l'appello proposto dagli operatori economici privati ritenendo pienamente legittimo l'operato della Pubblica Amministrazione.

Con riguardo al primo motivo di impugnazione, relativo al perimetro applicativo dei poteri di revoca, il Consiglio di Stato ha preliminarmente affermato che la procedura di *project financing* (art. 183 del d. lgs. 56/2016) individua due serie procedimentali strutturalmente autonome.

La prima fase “pre-procedimentale” di selezione del progetto di pubblico interesse, mentre la seconda fase riguarda lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità.

Dunque, nella prima fase, connotata da elevata discrezionalità, il privato promotore vanta delle “mere aspettative di fatto”, accollandosi il rischio che la proposta non vada a buon fine. Infatti, i provvedimenti con cui l’Amministrazione esamina la fattibilità del progetto e dichiara la conformità al pubblico interesse, avrebbero natura meramente preparatoria.

Pertanto, anche una volta intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse di una proposta di *project financing* ed individuato il promotore privato, l’Amministrazione può agire in autotutela per il tramite dell’istituto della “revoca”.

Con riferimento agli ultimi due motivi di ricorso (trattati congiuntamente), nella quale si lamentava la violazione delle regole partecipative imposte dalla l. n. 241/1990, il Giudice Amministrativo non ha rilevato alcuna violazione delle garanzie procedurali e partecipative, non essendo applicabili, in tale fase pre-procedimentale, le regole del contraddittorio procedurale stabilite dalla revoca in autotutela (di cui all’art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990).

4. Le questioni giuridiche rilevanti

Nell’ambito dei contratti pubblici, la “finanza di progetto”² costituisce uno degli istituti fondamentali del *genus* dei contratti di partenariato pubblico-privato (c.d. PPP)³.

La finanza di progetto, regolata all’art. 183 del d. lgs. 50/2016⁴ (il Codice dei contratti pubblici), si concretizza in una particolare operazione di finanziamento di progetti diretti alla

² La finanza di progetto (*project financing*) è un istituto giuridico, economico e finanziario articolato e complesso. Esso, infatti, è il risultato di un’evoluzione che ha portato ad una nuova e sofisticata concezione economico-giuridica del “finanziamento di un’opera”. Sul tema T. V. RUSSO, *Il project financing*, Napoli, 2007, cit. p. 8, ha sostenuto che «*Il project financing costituisce la più significativa tra le operazioni tecnico-economico-giuridiche idonee alla realizzazione di progetti industriali attraverso una concretizzazione sinergica di interessi riconducibili ad una pluralità di soggettività giuridiche operanti non solo nel mondo finanziario e giuridico, ma anche nei settori delle scienze più tecniche, tra le quali, solo in via meramente esemplificativa, possono essere segnalate l’architettura, l’ingegneria e la tecnica finanziaria*».

³ Sul tema, in merito al tentativo di standardizzazione del PPP, si veda D. SICLARI (a cura di), *Commentario al contratto standard di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato (PPP)*, Torino, 2021.

⁴ Per un commento generale alla disposizione, si veda L. R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, p. 183 ss. In riferimento al previgente art. 153 del d. lgs. n. 163/2006 si veda G. M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Vol. II, Milano, 2017, p. 2127.

realizzazione e gestione di opere infrastrutturali ovvero alla fornitura di servizi nell'interesse pubblico della collettività⁵.

Il legislatore, in ragione della peculiarità del *project financing*, ha previsto delle particolari procedure intese alla stipula del contratto; l'istituto, infatti, è stato elaborato sulla base delle tecniche contrattuali utilizzate dalle pubbliche amministrazioni anglosassoni, quali la *Private Finance Initiative* e la *Private Finance Transaction*⁶.

Nella pronuncia in oggetto, la prima questione giuridica rilevante è quella relativa alla discrezionalità e ai poteri di revoca della Pubblica Amministrazione nell'ambito delle procedure afferenti alla finanza di progetto.

La procedura di *project financing* ad iniziativa privata è scandita da due serie procedimentali strutturalmente autonome.

La prima fase ha una natura "pre-procedimentale" (*rectius* prodromica). In tale segmento, vi è la selezione del progetto e, conseguentemente, la dichiarazione di pubblico interesse.

La seconda fase, invece, riguarda lo svolgimento della gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente.

La prima fase, dunque, è connotata da una elevata discrezionalità non sindacabile nel merito. In tale momento procedimentale, il privato promotore vanta "mere aspettative di fatto"⁷, accollandosi il rischio che la proposta progettuale non vada a buon fine.

Costante giurisprudenza amministrativa⁸ ha affermato che, quand'anche fosse non solo individuato il promotore, ma dichiarato anche il pubblico interesse, l'Amministrazione non sarebbe comunque vincolata a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito 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.

⁵ D. SICLARI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti pubblici. Problemi e prospettive*, Torino, 2019, p. 1. L'autore, inoltre, evidenzia la rilevanza dell'utilizzo degli strumenti del partenariato pubblico-privato come scelta obbligata per lo sviluppo dell'economia italiana.

⁶ Sul punto si veda P. K. NEVITT, *Project financing*, Bari, 1987.

⁷ Sulla nozione di aspettativa di fatto V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2020, p. 207 la qualifica come una attesa, giuridicamente non tutelata, di un risultato vantaggioso. Diversa è la nozione di "aspettativa di diritto". F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, cit. p. 75, definisce l'aspettativa di diritto come «la posizione di attesa del soggetto cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi nel diritto soggettivo».

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2022, n. 4015; Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820.



Il promotore, dunque, non acquisirebbe alcun diritto pieno all'indizione della procedura, ma una aspettativa di fatto, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine all'opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta. Tale aspettativa non è giuridicamente tutelabile rispetto alle insindacabili scelte dell'amministrazione; pertanto, la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solamente all'interno della gara una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta.

Conseguentemente, durante questa prima fase prodromica, non è rilevabile alcun ragionevole affidamento in capo ai proponenti. La prima fase, infatti, utilizzando una locuzione marcatamente civilistica, potrebbe essere assimilata ad una "fattispecie a formazione successiva o progressiva". Inoltre, in mancanza di un comportamento dell'Amministrazione contrario ai principi di buona fede in senso oggettivo⁹, non è ravvisabile un'ipotesi di "responsabilità contrattuale" in capo alla stessa.

Il Consiglio di Stato evidenzia che non sorgerebbe alcun vincolo in capo all'Amministrazione e, dunque, non sarebbe ravvisabile in capo alla stessa alcuna violazione del dovere di correttezza o buona fede intesa in senso oggettivo, dovendosi escludere anche eventuali violazioni degli obblighi di lealtà in tale primordiale segmento di una fattispecie così complessa (e discrezionale). In ragione di ciò, tale aspettativa non può concretizzarsi (nemmeno) in una posizione precontrattuale tutelata dall'ordinamento giuridico¹⁰.

La presentazione del progetto comporterebbe l'assunzione del rischio che esso possa non essere giudicato conforme all'interesse pubblico; è insito nella posizione del promotore (o dell'aspirante a tale qualificazione) il rischio dei costi di redazione, nella misura in cui esso è assoggettato al potere di verifica di fattibilità dell'amministrazione, con conseguente, concreta, possibilità di abbandono di qualsiasi ipotesi di esecuzione dell'intervento.

La seconda questione che viene in rilievo è quella relativa all'applicabilità delle garanzie procedurali e partecipative, proprie dei procedimenti di revoca (di cui all'art. 21 quinquies della l. n. 241/1990), nell'ambito del *project financing*.

⁹ Sulla nozione civilistica di "buona fede oggettiva" si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Vol. III, Milano, 2019, p. 454.

¹⁰ In tema di responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, si veda Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2021, n. 21;

In generale, la revoca è un provvedimento in autotutela¹¹, ad effetti eliminatori *ex nunc*, che presuppone un vizio di merito e non di legittimità; in tal caso, il provvedimento di primo grado, oggetto di autotutela, è inopportuno e non illegittimo¹².

La revoca, seppur connotata da un ampio margine di discrezionalità, è ancorata a specifici presupposti: a. sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b. mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; c. nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

In via generale, la revisione dell'assetto degli interessi deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario. Dunque, andrebbe consentito al soggetto privato di presentare delle proprie osservazioni in una fase preparatoria e propedeutica all'*agere* tutorio della P.A.

In tal senso, anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha reiteratamente posto in evidenza la necessità che gli interessati siano in grado di contraddire all'interno del procedimento amministrativo, fermo l'obbligo della Amministrazione di meditata valutazione di tutti i contributi presentati¹³.

Tuttavia, i principi partecipativi di cui all'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 sono applicabili solo in caso di revoca di atti durevoli e stabilmente attributivi di vantaggi.

Nel caso in oggetto, gli atti revocati avevano natura "instabile ed interinale"¹⁴; essi, infatti, erano afferenti alla già menzionata fase pre-procedimentale che, per sua esplicita natura, ha carattere propedeutico alla seconda fase e, pertanto, "instabile".

Ne consegue che la dichiarazione di pubblico interesse del progetto presentato dal promotore è ascrivibile nel novero di tale ultima categoria di atti; tale provvedimento non attribuisce, invero,

¹¹ Sui poteri di autotutela si veda F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IV, Milano, 1959, p. 537 ss., dove l'autore osserva che «la esistenza di una situazione di contrasto tra interessato e amministrazione per causa della invalidità di un atto amministrativo; e poco importa che tale contrasto non abbia la possibilità di concretarsi in un conflitto attuale, perché l'amministrazione non può trascurare di tenere presente che ogni stato anomalo dei suoi rapporti con gli amministrati rappresenta prima di tutto un contrasto con quel pubblico interesse che essa deve tutelare e soddisfare».

¹² Sul fondamento della "revoca" R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, cit. p. 669, «Ora l'art. 21-quinquies, prevedendo in via generale l'istituto, risolve il problema del suo fondamento, non occorrendo una legge che di volta in volta legittimi la revoca. Si tratta quindi di un potere di carattere generale, esistente anche in assenza di ulteriori previsioni espresse nelle singole materie». Sul tema, *ex multis*, si veda M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, 2017

¹³ Sul punto, Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 settembre 2002, n. 2983; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 15 settembre 1999, n. 14.

¹⁴ Tali atti sarebbero assimilabili quelli con cui le Pubbliche Amministrazioni, che intendono reperire sul mercato beni e servizi, adottano la deliberazione a contrarre prevista dall'art. 32, comma 2, del d. lgs. n. 50/2016.



in maniera definitiva un vantaggio, ma è meramente ed eventualmente prodromico alla successiva indizione della gara¹⁵.

Definitivamente, i principi del contraddittorio in tema di revoca non risultano applicabili nel caso di specie.

¹⁵ Sul punto, si veda Consiglio di Stato, 28 ottobre 2021, n. 7244.