

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9035 del 2008, proposto da:

G.D.M. COSTRUZIONI S.P.A., in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. con Auto Ariberto S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Clarich, con domicilio eletto presso l'avv. Marcello Clarich in Roma, piazza di Montecitorio, n. 115;

contro

COMUNE DI ALESSANDRIA, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Piergiorgio Alberti e Giuseppe Greco, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Greco in Roma, via S. Caterina Da Siena, n. 46;

nei confronti di

R. R. S.P.A. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Apcoa Parking Italia S.p.A. e Final S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Barosio e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso l'avv. Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, n. 7;

per la riforma

della sentenza del TAR PIEMONTE - TORINO, Sez. I, n. 2931 del 21 novembre 2008, resa tra le parti, concernente PROJECT FINANCING PER REALIZZAZIONE PARCHEGGIO INTERRATO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Alessandria e dell'A.T.I. R.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Clarich, Alberti, Greco, Barosio e Tedeschini;

Visto il dispositivo di decisione n. 457 del 28 giugno 2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con avviso in data 22 dicembre 2005 il Comune di Alessandria sollecitava, ai sensi dell'articolo 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, i soggetti privati interessati alla presentazione, quali promotori, di proposte per la realizzazione del "parcheggio interrato piazza Garibaldi" (incluso nel programma triennale dei lavori pubblici 2006 - 2008) a mezzo di concessione di cui all'articolo 19, comma 2, della predetta legge 11 febbraio 1994, n. 109, con risorse totalmente a carico dei promotori stessi. Nel predetto avviso, oltre al costo presumibile dell'intervento, stimato presuntivamente in . 12.000.000,00 (oltre I.V.A. ed oneri accessori compresi), era espressamente indicato, tra l'altro, che: a) la realizzazione del parcheggio doveva essere prevista solo in interrato; b) non erano ammessi parcheggi in superficie, né in elevazione; la costruzione della struttura doveva prevedere la realizzazione di ulteriori posti auto, pertinenziali e non, da destinare, in diritto di superficie, ad uso esclusivo di soggetto privati; d) la durata della concessione, unica sia per i posti a rotazione che per quelli in diritto di superficie, non poteva essere superiore ad anni 50; e) il concessionario poteva applicare, per i posti a rotazione, un abbonamento mensile senza riserva di posto e doveva

inoltre attenersi alla leva tariffaria riportata nel vigente P.G.T.U. e nell'allegato Programma Parcheggio; f) nella valutazione della proposta si sarebbe tenuto conto della sistemazione definitiva della piazza, secondo parametri di qualità tecnico - architettonica ed economica, per la quale doveva essere presentato uno studio progettuale a livello di progettazione preliminare; g) le opere afferenti tale sistemazione definitiva avrebbero potuto essere eseguite direttamente dal concessionario che si sarebbe impegnato comunque al loro parziale o totale finanziamento con una somma minima di . 1.000.000,00; h) un'area da ricavare nella struttura interrata, non superiore a mq. 2.000, poteva essere destinata ad attività commerciali/artigianali legate alla gestione e manutenzione degli autoveicoli; i) le esigenze e le valutazioni indicate nell'avviso non precludevano al promotore la facoltà di presentare proposte modificative o integrative che prevedessero l'attivazione di altri servizi connessi alla suesposta destinazione dell'intervento.

Sempre secondo il predetto avviso, l'amministrazione comunale avrebbe individuato le proposte da mettere a gara ai sensi dell'art. 37 quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109, valutando, in particolare, la fattibilità delle proposte sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convinzione.

Per la rilevazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse era prevista l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base dei seguenti elementi di natura qualitativa (P. 1. e P. 2.) e quantitativa (tutti i rimanenti): a) P. 1. Valore tecnico ed estetico del progetto, punti 35, così articolati: 1.1. valore tecnico opere edili impianto parcheggio, punti 10; 1.2. valore tecnico della soluzione per la sistemazione dei flussi di traffico veicolari e pedonali, punti 10; 1.3. valore tecnico ed estetico impianto aerazione/ventilazione parcheggio, punti 5; 1.4. valore tecnico ed estetico della proposta di sistemazione della piazza, punti 10; b) P. 2. Modalità di gestione del servizio, punti 15, così articolati: 2.1. tecnologie impiegate per la gestione (accessi, pagamento), punti 5; 2.2. Integrabilità del servizio con il sistema pubblico della sosta a pagamento, punti 10; c) P. 3. Tariffe di sosta (costo orario in .), punti 5; d) P. 4. Durata della concessione, punti 10; e) P. 5. Tempo di esecuzione dei lavori, punti 20; f) P. 6. Numero dei posti auto a rotazione, punti 10; g) P. 7. Valore economico del finanziamento per la riqualificazione della piazza, punti 5.

2. Con delibera n. 393/ - 1029 del 19 dicembre 2007 (avente ad oggetto "Realizzazione e gestione di parcheggio multipiano interrato in Piazza Garibaldi. Valutazione delle proposte presentate ai sensi dell'art. 37 bis della legge 109/94 ora 153 e seguenti del D. Lgs. 163/2006 per l'individuazione del promotore per la concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del parcheggio interrato in Piazza Garibaldi") la Giunta comunale di Alessandria: 1) prendeva atto della graduatoria predisposta dall'organismo di supporto del responsabile unico del procedimento; 2) dichiarava tecnicamente ammissibili e fattibili, sotto i profili di cui all'art. 37 ter della legge n. 109/94, ora art. 154 D. Lgs. 163/06, le cinque proposte presentate, approvando la seguente graduatoria: 1° - promotore n. 4 -A.T.I. costituenda formata da R. R. S.p.A. (capogruppo - mandataria), Apcoa Parking Italia S.p.A. e Final S.p.A. (mandanti); 2° - promotore n. 3 - A.T.I. costituenda formata da G.D.M. Costruzioni S.p.A. (capogruppo - mandataria), Auto Ariberto S.p.A. (mandante); 3° - promotore n. 1 - A.T.I. costituenda formata da Zoppi s.r.l. (capogruppo - mandataria), Impresa Tre Colli S.p.A., Boggeri S.p.A. e Asti Servizi Pubblici S.p.A. (mandanti); 4° - promotore n. 2 - A.T.I. costituenda formata da Consorzio

Cooperative Costruzioni (capogruppo - mandataria), Codelfa S.p.A. e Parcheggio Italia S.p.A. (mandanti); 5° - promotore n. 5 - A.T.I. costituita formata da Impresa Franzosi Cave e Calcestruzzi (capogruppo - mandataria), Palladio s.r.l., Elettrodelta s.r.l. e Bergo s.r.l. (mandanti); 3) stabiliva di considerare di pubblico interesse e di individuare come tale la proposta dell'A.T.I. costituenda formata da R. R. S.p.A. (capogruppo - mandataria), Apcoa Parking Italia S.p.A. e Final S.p.A. (mandanti), con particolare riguardo alla durata della concessione stabilita in 30 anni per il parcheggio a rotazione ed in n. 50 anni per i box da sub concedere in diritto di superficie a terzi, attribuendole il titolo di "promotore ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 37 ter Legge 109/94, ora art. 154 del D.Lgs. 163/06".

Nella predetta delibera veniva anche stabilito, tra l'altro, di porre in gara (punto 5) il progetto costituente la proposta del promotore, come previsto dall'articolo 155 del D. Lgs. 163/06, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fissando gli elementi di valutazione ed i relativi pesi, e che le offerte dei concorrenti alla procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. 163/06 non potevano prevedere varianti al progetto architettonico posto a base di gara, ma solo migliorie di cui era fornita anche una puntuale indicazione (punto 6).

3. G.D.M. Costruzioni S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Auto Ariberto S.p.A, seconda classificata nella graduatoria di individuazione del promotore finanziario, con rituale e tempestivo ricorso giurisdizionale chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte l'annullamento della predetta delibera n. 393/1029 del 19 dicembre 2007, nonché dei verbali delle riunioni nn. 5, 6 e 9 rispettivamente del 17 novembre 2006, 5 dicembre 2007 e 17 dicembre 2007 e di tutti gli atti presupposti e/o consequenziali, lamentando l'illegittimità alla stregua di tre articolati motivi di censura, rubricati "eccesso di potere - violazione della lex specialis - avviso indicativo, paragrafo "valutazione delle proposte e criteri di valutazione", elementi sub P. 3." (primo motivo); "eccesso di potere - travisamento dei fatti - contraddittorietà nella valutazione del valore economico del finanziamento per la riqualificazione della piazza" (secondo motivo) e "eccesso di potere - violazione della lex specialis avviso indicativo, paragrafo "Caratteristiche generali degli interventi", comma 7, numero di posti auto a rotazione minimo pari a 457" (terzo motivo).

In sintesi, secondo l'A.T.I. ricorrente, la commissione di gara, violando la previsione del punto P. 3. dell'avviso, secondo cui l'elemento di valutazione delle offerte era costituito dalle tariffe di sosta e dal costo orario (medio) in euro, aveva innanzitutto attribuito il punteggio in proporzione al costo sopportato dal conducente di un veicolo che avesse sostato per una giornata intera (24 ore consecutive), come proposto dall'A.T.I. R., invece che al costo medio sopportato dal conducente che avesse sostato per un'ora, proposto da essa ricorrente.

Quanto poi all'elemento di valutazione delle offerte di cui al punto P. 7. (valore economico del finanziamento per la riqualificazione della piazza - 5 punti), la ricorrente deduceva che la commissione di gara, dopo aver stabilito che il punteggio da attribuire alle proposte sarebbe stato calcolato in modo direttamente proporzionale al valore economico dell'intervento, aveva illegittimamente ed immotivatamente calcolato il punteggio ad essa spettante sulla base di un valore economico pari a . 1.810.000,00 invece di . 2.150.636,66, come chiarito con la documentazione inviata su richiesta della stessa amministrazione.

Infine, quanto alla valutazione delle "caratteristiche generali degli interventi" (secondo cui la costruzione della struttura doveva prevedere un numero di posti auto a rotazione minimo pari a 457), la ricorrente denunciava che la proposta dell'A.T.I. R. era inammissibile e che la commissione avrebbe dovuto escluderla dalla gara, in quanto i posti effettivamente offerti, sulla scorta della esatta interpretazione ed

applicazione delle previsioni dello stesso avviso di gara e dell'articolo 25 della D.C.R. 59 - 10831/2006 della Regione Piemonte, erano solo 427 e quindi inferiori al minimo indicato nell'avviso.

4. L'adito tribunale, sez. I, nella resistenza dell'intimato Comune di Alessandria e della controinteressata A.T.I. R. R. S.p.A, dopo aver pubblicato il dispositivo di decisione n. 48 del 24 ottobre 2008, con la sentenza n. 2931 del 21 novembre 2008 ha respinto il ricorso ritenendo infondati i motivi di censura sollevati.

In particolare il tribunale ha osservato innanzitutto, con riguardo al primo motivo di censura, che la commissione aveva correttamente interpretato il criterio del costo orario come costo orario medio (media effettuata sulla base della giornata intera, non potendosi prendere a particolari periodi della giornata), così attribuendo ad esso l'unico significato che, senza ledere la par condicio dei concorrenti, ne aveva consentito l'effettiva utilizzabilità, assicurando anche la corretta valutazione delle offerte eterogenee e non altrimenti confrontabili.

Quanto al secondo motivo di censura, il tribunale ha evidenziato che l'importo di . 340.636,66, asseritamente non considerato dalla commissione ai fini della esatta individuazione del valore economico del finanziamento per la riqualificazione della piazza, concerneva oneri fiscali (IVA) e costi di progettazione che erano esclusivamente a carico del promotore e non incidavano sul finanziamento che il promotore metteva a disposizione per l'intervento, così che correttamente la commissione non ne aveva tenuto conto.

Quanto alla terza censura, ad avviso del tribunale, le doglianze sollevate erano frutto di mere ipotesi, non supportate da alcuna prova.

5. G.D.M. Costruzioni S.p.A., in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. con Auto Ariberto S.p.A. (d'ora in avanti, A.T.I. G.D.M.), ha tempestivamente impugnato prima il dispositivo di sentenza e poi, con motivi aggiunti, la ricordata sentenza, alla stregua di quattro motivi di gravame, rubricati rispettivamente "Sulla sussistenza dell'interesse a ricorrere in capo a G.D.M. Costruzioni S.p.A. e Auto Ariberto S.p.A. odierne appellanti" (primo motivo); "Il criterio di aggiudicazione della tariffa oraria: violazione e falsa applicazione della lex specialis, par. "valutazione delle proposte e criteri di valutazione", elemento sub p. 3.; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifeste" (secondo motivo); "Sull'inammissibilità della proposta dell'ATI R. in relazione al numero minimo di posti auto da realizzare: violazione e falsa applicazione della lex specialis, paragrafo "caratteristiche generali degli interventi", eccesso di potere" (terzo motivo) e "la valutazione degli oneri da scomputare dall'impegno finanziario del promotore" (quarto motivo). Sono stati in tal modo sostanzialmente riproposti i motivi di censura sollevati in primo grado, secondo l'A.T.I. appellante erroneamente apprezzati ed inopinatamente respinti, contraddicendo clamorosamente anche l'ordinanza cautelare emessa dal Consiglio di Stato n. 4233 del 22 luglio 2008, con motivazione approssimativa, illogica e comunque assolutamente non condivisibile.

6. Hanno resistito al gravame il Comune di Alessandria e l'A.T.I. R., deducendone l'inammissibilità sotto una pluralità di profili, ivi compreso quello della novità di alcune censure, e comunque l'infondatezza.

Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive, confutando le avverse prospettazioni.

All'udienza del 30 marzo 2010 la causa, dopo la rituale discussione, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. La controversia concerne la legittimità del procedimento e del successivo provvedimento (di cui alla delibera della G.M. n. 393/-1029 del 19 dicembre 2007) con cui il Comune di Alessandria ha individuato di pubblico interesse la proposta formulata dall'A.T.I. R. R. S.p.A. per la realizzazione e la gestione del parcheggio di Piazza Garibaldi, attribuendo a detta A.T.I. il

titolo di "promotore ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 37 ter Legge 109/94, ora art. 154 del D. Lgs. 163/06".

8. Posto che la Sezione con ordinanza cautelare n. 4233 del 22 luglio 2008, riformando l'ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale della Puglia, sez. I, n. 283/2008, aveva sospeso gli atti impugnati, ritenendo "...condivisibili le censure articolate dall'appellante (G.D.M. S.p.A.), riguardanti l'illegittima modificazione, operata dalla commissione, dei criteri di valutazione delle offerte fissati nella lex specialis di gara", occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di carenza di interesse al ricorso sollevata dalle parti appellate, amministrazione comunale di Alessandria e A.T.I. R. R. S.p.A., sul presupposto che l'A.T.I. G.D.M. Costruzioni S.p.A. si è limitata a contestare la legittimità della scelta del promotore, ma non ha poi neppure partecipato alla successiva gara di cui all'articolo 155 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Al riguardo giova precisare che con il primo motivo di gravame la predetta A.T.I. G.D.M. Costruzioni s.r.l. ha sottolineato la sussistenza del proprio interesse al ricorso, interesse asseritamente "legato alla valorizzazione del know how...e al rilievo che esso può avere nella procedura di aggiudicazione dell'opera": del resto, secondo la tesi dell'appellante l'annullamento della delibera impugnata comporterebbe la caducazione anche della successiva gara il cui bando, che peraltro ne costituisce atto meramente consecutivo e consequenziale, sarebbe stato cautelativamente impugnato, il che escluderebbe la stessa necessità della partecipazione alla procedura ai fini dell'ammissibilità del ricorso proposto in primo grado. Ciò posto la Sezione osserva quanto segue.

8.1. La prospettazione dell'A.T.I. appellante si fonda in realtà sulla assoluta autonomia ed indipendenza della fase di selezione del promotore rispetto all'intero procedimento di project financing, così da determinare l'immediata lesività ed impugnabilità della individuazione del progetto dichiarato di pubblico interesse, indipendentemente dalla conclusione del procedimento stesso (e quindi dall'aggiudicazione della concessione). Sennonché la giurisprudenza (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142) ha rilevato che l'interesse a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi l'interesse ad assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, ancorché sia individuabile concettualmente come distinto dall'interesse alla concessione di eseguire l'opera stessa, contiene ed implica anche l'interesse all'aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero "bene della vita" cui tende il presentatore del progetto.

Ciò, secondo il ricordato indirizzo giurisprudenziale, trova conferma nel fatto che: a) il promotore deve possedere i requisiti per l'aggiudicazione della concessione; b) la sua proposta, che costituisce oggetto della successiva gara, è vincolante quando in detta gara non vi siano altre offerte; c) sussiste il diritto di prelazione all'aggiudicazione della concessione in favore del promotore quando questi intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai soggetti offerenti.

È stato pertanto evidenziato che nella procedura delineata dagli articoli 153 e seguenti del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, piuttosto che individuarsi due serie sub - procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità, a sua volta articolata in due sub fasi, la prima di individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose e l'altra di procedura negoziata tra queste dette offerte economicamente più vantaggiose e quella proposta dal promotore), deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro proprio in funzione

dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura.

La dichiarazione di pubblico interesse di un determinato progetto, per quanto costituisca concreta manifestazione dell'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, non assicura di per sé al relativo soggetto presentatore alcuna diretta ed immediata utilità, la quale non può essere valutata ed apprezzata indipendentemente dalla successiva fase di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa e dall'aggiudicazione della concessione.

Si è in presenza, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, di un procedimento contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico - giuridica (del tutto coerente e ragionevole con la stessa natura del project financing, quale tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un'operazione economico - finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o finanziamento e gestione proficua dell'attività, così C.d.S., sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043), che non consente di poter applicare in modo automatico e semplicistico l'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'immediata impugnazione di qualsiasi atto endoprocedimentale che determini in danno di un concorrente un arresto procedimentale: in realtà nel caso di specie, anche a voler ammettere in ipotesi che la dichiarazione di interesse pubblico di una certa proposta di un concorrente determini un vulnus nei confronti di un altro concorrente, l'attualità e la lesività di tale vulnus potrà apprezzarsi solo all'esito del successivo procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione, tanto più che al concorrente che ha presentato la proposta non selezionata come progetto di pubblico interesse non risulta affatto impedita la partecipazione alla gara successiva per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (in termini anche C.d.S., Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 391; C.d.S., sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319).

8.2. La Sezione deve tuttavia rilevare la sussistenza di un indirizzo giurisprudenziale, ancorché minoritario, proprio della giurisprudenza di primo grado (T.AR. Sicilia, sez. IV, 6 maggio 2010, n. 1297; TAR Lazio, sez. III, 9 settembre 2008, n. 8194), secondo cui nelle procedure di project financing il promotore assume una posizione di assoluta preminenza, sia per la conoscenza anticipata del progetto preliminare posto a base di gara, sia per la possibilità di conseguire in ogni caso l'aggiudicazione, previo adeguamento della propria proposta a quella ritenuta più conveniente dall'amministrazione, così che non potrebbe dubitarsi dell'ammissibilità del ricorso proposto avverso gli atti con cui l'amministrazione individua il promotore da chi non sia stato prescelto come promotore, stante la concretezza e l'attualità della lesione derivante proprio dalla mancata individuazione come promotore.

Al riguardo, ad avviso della Sezione, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, predicato dall'articolo 24 della Costituzione, e quello della sindacabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione, contenuto nell'articolo 113 della Costituzione, sembrerebbero ostare alla delineata ricostruzione della sostanziale inammissibilità dell'immediata impugnazione del provvedimento di individuazione del promotore finanziaria. Del resto, sotto un primo profilo, può facilmente osservarsi che differire l'impugnazione del provvedimento di individuazione del promotore finanziario al momento finale della procedura con cui si sceglie il soggetto che dovrà realizzare l'opera pubblica (concessionario) pone evidentemente il concorrente, che pur ha partecipato alla fase di individuazione del promotore finanziario, senza essere stato scelto come tale, in una posizione di svantaggio rispetto al soggetto individuato come promotore, in quanto è proprio il progetto di quest'ultimo che costituisce oggetto della gara per

la scelta del concessionario: pertanto, seppure può condividersi, secondo una visione finalistica dell'istituto, che l'interesse sostanziale che si fa valere in questo caso è l'interesse (finale) a conseguire la concessione, non è tuttavia irragionevole ritenere che possa sussistere un interesse strumentale (ma non per questo non autonomo e non meritevole di tutela) ad ottenere un immediato giudizio sul provvedimento di scelta del promotore, potendo non sussistere il successivo interesse (finale) alla concessione; ciò tanto più che non sembra possa ragionevolmente dubitare dell'interesse alla scelta del proprio progetto (come promotore) da porre a base della successiva gara di scelta del concessionario, proprio per la particolare posizione di vantaggio o di preminenza di cui gode il promotore (anche ai fini della successiva scelta come concessionario).

Sotto altro profilo, il differimento dell'impugnazione del provvedimento di scelta del promotore al momento finale di individuazione del concessionario non solo rischia di sottrarre di fatto al sindacato giurisdizionale proprio il provvedimento di scelta del promotore (in palese violazione dell'articolo 113 della Costituzione, tanto più che si tratta di un provvedimento caratterizzato da un amplissimo grado di discrezionalità), ma soprattutto rischia di rendere faragginosa la stessa attività amministrativa, con palese violazione dei principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'articolo 97 della Costituzione, allorquando il più volte ricordato provvedimento di individuazione del promotore dovesse essere effettivamente ritenuto viziato solo con l'impugnazione del provvedimento terminale del procedimento di project financing.

Ciò senza contare che il differimento della tutela, essendo condizionato allo svolgimento ed alla conclusione dell'intero procedimento di project financing, è sostanzialmente sottoposto ad un termine incerto (dipendente dalla lunghezza della gara e dagli eventuali incidenti anche giurisdizionali, non potendo negarsi la possibilità di impugnative per la esclusione di offerte) o addirittura eventuale (potendo l'amministrazione decidere di non dar luogo alla seconda fase del project financing, circostanza in presenza della quale non potrebbe semplicisticamente ritenersi la sopravvenuta carenza di interesse rispetto al provvedimento di individuazione del promotore, atteso che, per converso, il preteso interesse strumentale alla corretta valutazione del progetto da parte del soggetto non prescelto come promotore si potrebbe trasformare in un interesse finale, anche sotto il profilo morale o di immagine).

8.3. Ad avviso della Sezione, in realtà, il collegamento sussistente tra i due sub - procedimenti in cui si articola la procedura di project financing (l'uno di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altro di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, a sua volta articolata in due sub fasi, la prima di individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose, l'altra di procedura negoziata tra tali due offerte) riguarda solo il profilo peculiare economico e di tecnica finanziaria dell'istituto (che, com'è noto, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione), ma non sembra escludere con certezza l'autonomia giuridica delle due fasi ed in particolare non sembra consentire di poter ritenere che la individuazione del promotore possa essere considerato un atto meramente endoprocedimentale, incapace di produrre autonomi effetti lesivi e come tale incapace di arrecare pregiudizio immediato e concreto a chi non sia stato scelto come promotore (elementi soli che potrebbero sicuramente giustificare il differimento della tutela al momento di emanazione dell'atto finale dell'intero procedimento).

9. In presenza di tali dubbi ricostruttivi, trattandosi di un punto di diritto idonei a dar luogo a contrasti giurisprudenziali, la Sezione ritiene di dover rimettere l'affare alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 45, comma 2, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054.

P.Q.M.

Rimette la causa all'Adunanza Plenaria.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 30 marzo e 25
giugno 2010

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con
l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 01 OTT. 2010.
