

Project financing

Project financing e legittimo affidamento del proponente

T.A.R. TOSCANA, sez. I, 25 novembre 2009, n. 2012 - Pres. Ciccio - Est. Giani - Final s.p.a., Apcoa Parking Italia s.p.a. c. Comune di Massa

Nelle procedure di *project financing*, la dichiarazione di pubblica utilità della proposta determina il sorgere di una posizione di vantaggio tutelata. La sua revoca richiede una adeguata motivazione. A seguito dell'annullamento del provvedimento di revoca illegittimo, l'Amministrazione è tenuta a portare a termine la procedura.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5004; Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4931; Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847; T.A.R. Toscana, sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860
Difforme	Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741

Diritto

Il ricorso all'esame del Collegio è proposto da due società che hanno assunto le vesti di mandanti in raggruppamento temporaneo di imprese il quale, avendo presentato una proposta a seguito dell'avviso indicativo emesso dal Comune di Massa in data 20 giugno 2005 per la realizzazione in *project financing* della «pedonalizzazione del tratto di viale E. Chiesa a monte della statale Aurelia, con riorganizzazione dei flussi di traffico e della sosta di superficie nelle aree circostanti mediante realizzazione di parcheggi interrati nella zona interessata dall'intervento e nelle aree limitrofe», ha visto la propria proposta dichiarata di pubblico interesse con deliberazione della Giunta Comunale n. 44 del 16 febbraio 2006. Le due citate società impugnano, da un lato, la deliberazione della Giunta Comunale di Massa n. 164 del 27 maggio 2008, che ha revocato la dichiarazione di pubblico interesse di cui alla precedente deliberazione n. 44 del 2006, e, dall'altro, la deliberazione del Consiglio Comunale n. 27 del 29 maggio 2008, contenente il «Programma triennale opere pubbliche 2008-2010 ed elenco annuale lavori anno 2008», nella parte in cui si occupa del progetto di pedonalizzazione sopra richiamato.

L'Amministrazione comunale, nel resistere al gravame, ha altresì avanzato due eccezioni di stampo processuale, che devono essere oggetto di preliminare scrutinio rispetto all'esame del merito della impugnazione.

Con la prima eccezione il Comune di Massa evidenzia la «inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione passiva e carenza di interesse a ricorrere» delle due società ricorrenti, ciò sul rilievo che esse sono le mandanti del RTI che ha partecipato alla procedura, mancando

invece la necessaria partecipazione al giudizio della società capogruppo e mandataria del raggruppamento medesimo, titolare di rappresentanza esclusiva. Il Comune si dice consapevole della giurisprudenza amministrativa che ritiene legittima l'impugnazione proposta da sola mandante di RTI, sia costituito che costituendo, ma ritiene che tale orientamento non sia applicabile alla fattispecie in esame, in quanto esso varrebbe solo con riferimento alle procedure concorsuali propriamente dette, tra le quali non rientrerebbe quella di scelta del promotore nella finanza di progetto.

L'eccezione è infondata e deve essere respinta.

L'Amministrazione resistente pone una questione di difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti (ancorché nell'epigrafe dell'eccezione si parli di difetto di legittimazione «passiva»), che risulta tuttavia risolta in modo pacifico dalla giurisprudenza interna e comunitaria. La prima ha evidenziato che «la legittimazione ad agire in giudizio della singola impresa in associazione - sia essa mandante o mandataria e sia che il raggruppamento sia stato già costituito al momento dell'offerta o debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione - è riconosciuto dal consolidato e pressoché univoco indirizzo della giurisprudenza amministrativa» (Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4931). Ciò sul rilievo che il raggruppamento d'impresa non istituzionalizza un soggetto diverso dalle singole imprese che si aggregano, le quali quindi conservano la titolarità in corso di gara di differenziate posizioni di interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura. In senso conforme si muove la giurisprudenza comunitaria, la quale ha chiarito che una simile lettura del diritto interno non risulta in contrasto con le norme comunitarie. La Corte di Giustizia CE infatti, cui la questione era

stata sottoposta dal Consiglio di Stato in sede di rinvio pregiudiziale (Cons. Stato, sez. V, ord. 14 novembre 2006, n. 6677), ha chiarito che «l'art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico possa essere proposto a titolo individuale da uno soltanto dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica la quale abbia partecipato in quanto tale alla procedura di aggiudicazione dell'appalto suddetto e non se lo sia visto attribuire» (Corte Giust. CE, sez. VI, ord. 4 ottobre 2007, causa C-492/06). Né pare al Collegio che a diversa conclusione debba giungersi nella specie, cioè con riferimento alla impugnazione da parte delle società mandanti dell'atto di revoca della dichiarazione di pubblico interesse di una proposta presentata nell'ambito della procedura di finanza di progetto. Il Comune di Massa opina che l'interpretazione richiamata varrebbe solo con riferimento alle procedure concorsuali vere e proprie ma non in relazione alla scelta del promotore nella procedura di *project financing*, trattandosi di una fase pre-concorsuale. La proposta lettura non appare convincente. Le peculiarità pur significative che caratterizzano la procedura *de qua*, sia con riferimento alla normativa applicabile al caso in esame *ratione temporis* sia alle sopravvenute discipline innovative, non escludono i dati di fondo di un meccanismo selettivo che parte da un bando (nella normativa dell'epoca un "avviso indicativo"), prevede la presentazione di proposte che devono avere un certo contenuto, si sostanzia nella valutazione anche comparativa delle diverse proposte presentate, al fine di individuare quella ritenuta di pubblico interesse, la quale costituisce base di ulteriori passaggi procedurali. Ciò significa che siamo sempre in presenza di un procedimento sostanzialmente concorsuale, pur particolarmente conformato, che non potrebbe quindi essere sottoposto, in punto di fissazione delle regole di tutela giurisdizionale, a condizioni diverse da quelle che valgono per la generalità delle procedure. Anche in questo caso sussiste quindi un interesse differenziato e qualificato delle società mandanti ad impugnare gli atti emessi dall'Amministrazione che hanno bloccato il meccanismo di finanza di progetto, al fine di rimettere lo stesso in moto e di giungere alla aspirata stipula della concessione per la realizzazione dell'opera pubblica.

Con la seconda eccezione il Comune di Massa rileva la inammissibilità del ricorso per «carenza di interesse a ricorrere avverso atti amministrativi di programmazione generale». L'eccezione ha una duplice articolazione: a) si evidenzia in primo luogo che gli atti impugnati sono atti di programmazione dell'attività della p.a. nei quali è prevalente, se non esclusiva, la componente pubblicistica dell'attività e rispetto ai quali non è configurabile una posizione differenziata di alcuno; b) a conferma dell'assunto precedente si richiama il contenuto dell'avviso indicativo che esplicita chiaramente la assenza di affidamenti qualificati di alcuno. Si tratta di due profili di inammissibilità che meritano di essere partitamente sviluppati.

Con il primo profilo parte resistente svolge una conside-

razione di portata generale sugli atti gravati, evidenziando in particolare che con la fase di scelta del promotore nella procedura di *project financing* «si era ancora nella fase iniziale, interamente pubblicistica, relativa alla programmazione e alla definizione del progetto preliminare da mandare in gara», quindi in un momento nel quale non vi sarebbero posizioni differenziate e affidamenti qualificati.

L'assunto risulta del tutto privo di pregio. *Omissis*.

Nel caso che ci occupa si è svolta esclusivamente la prima fase della procedura, essendo l'Amministrazione pervenuta alla individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse ai sensi dell'art. 37-ter, ciò con la deliberazione n. 44 del 2006, che è stata poi revocata dalla successiva deliberazione di Giunta n. 164 del 2008. L'eccezione formulata dalla difesa comunale mira a sostenere che fino a questo punto dell'iter procedurale si sarebbe in presenza di una procedura esclusivamente pubblicistica nella quale non emergerebbero posizioni differenziate e qualificate di singoli operatori. L'esame della normativa appena svolta mostra la insostenibilità della tesi avanzata. L'operatore la cui proposta sia individuata come di pubblico interesse nella prima fase della procedura di finanza di progetto, assumendo quindi la veste di promotore, viene a ricoprire una posizione di vantaggio nettamente stagliata dalle norme citate, sì da assumere certamente i connotati di differenziazione e qualificazione necessari per l'accesso alla tutela giudiziaria. Basti ricordare che, a seguito della dichiarazione di pubblico interesse, tale operatore (nella specie cioè il RTI di cui le due società ricorrenti sono mandanti): 1) partecipa di diritto alla procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. b); 2) ha il diritto di essere preferito ad altro operatore risultato vincitore della procedura negoziata citata adeguando il proprio progetto a quello del vincitore (cd. diritto di prelazione); c) il progetto del promotore è posto a base della gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a); d) in caso non risulti aggiudicatario ha comunque diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, entro l'importo massimo del 2,5% del valore dell'investimento come desumibile dal piano economico-finanziario (artt. 37-*quater*, comma 4, e 37-*bis*, comma 1, quinto periodo). La tesi che un soggetto cui l'ordinamento assegna una tal quantità di profili di vantaggio sia non differenziato e privo di aspettative legittime appare, invero, priva di ogni plausibilità.

Con il secondo profilo della eccezione in esame, parte resistente evidenzia la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse stante la mancanza di affidamento che il RTI prescelto come promotore poteva vantare, in forza del tenore dell'avviso di accertamento. Viene nella specie in considerazione quanto contenuto nell'avviso indicativo del 20 giugno 2005 laddove stabilisce che «la presentazione della proposta, peraltro, non vincola in alcun modo l'Amministrazione, nemmeno sotto il profilo della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.; essa quindi resterà libera di decidere di realizzare l'opera in maniera diversa, senza cioè ricorrere al *project financing*, di non riconoscere il pubblico interesse nei confronti di

tutte le proposte pervenute, di non dar corso alla successiva fase di aggiudicazione della concessione, ovvero di non realizzare l'opera, e ciò senza che i privati promotori possano nulla pretendere a qualsiasi titolo o ragione nei confronti di questo Comune».

Anche questa eccezione è priva di fondamento.

La clausola dell'avviso indicativo sopra riportata è tale da attribuire all'Amministrazione una libertà di scelta totale, sì da sconfinare sicuramente nell'arbitrio, in quanto pone la stazione appaltante nella condizione di portare avanti la procedura avviata solo se e quando essa vorrà, senza alcun limite e alcun condizionamento. Si tratta di previsione sicuramente in contrasto con la disciplina del *project financing* di cui alla L. n. 109 del 1994 e tale da configurare la clausola stessa come affetta da totale nullità, in quanto si sostanzia in una condizione meramente potestativa e quindi nulla (sul punto cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5345; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1997, n. 1418; T.A.R. Lazio, sez. III, 7 ottobre 2004, n. 10952). Alla luce di questi rilievi, essendo la clausola dell'avviso indicativo invocata affetta da nullità, è da respingere l'eccezione che partendo da tale clausola tende a costruire la inammissibilità del presente gravame per difetto di interesse.

Respinte le eccezioni preliminari avanzate dall'Amministrazione comunale è possibile passare quindi all'esame delle censure formulate dalle ricorrenti nei confronti degli atti gravati.

Con il primo mezzo le ricorrenti censurano la deliberazione della Giunta Comunale di Massa n. 164 del 2008, che ha revocato la precedente deliberazione n. 44 del 2006 con la quale era stata dichiarata di pubblico interesse la proposta presentata dal RTI di cui le ricorrenti sono mandanti nell'ambito dell'avviso indicativo emesso dal Comune in data 20 giugno 2005, evidenziando come la richiamata valutazione di pubblico interesse fosse avvenuta a seguito di lunga e articolata valutazione da parte della p.a., ingenerando un ragionevole affidamento del promotore nel prosieguo della procedura, che non vi era poi stato, avendo l'Amministrazione proceduto alla revoca del richiamato atto sulla base di un immotivato giudizio opposto a quello precedentemente reso. Il Comune, nel contrastare la richiamata censura, pone in luce che la stessa si traduce in un inammissibile sindacato di merito, che d'altra parte già la Commissione tecnica aveva evidenziato varie criticità nella proposta del RTI prescelto, perplessità fatte proprie dalla stessa deliberazione n. 44 del 2006, e aveva infatti evidenziato la necessità di una rinegoziazione, ed infine pone in luce come sia del tutto improprio il riferimento al principio dell'affidamento, giacché nella fase procedimentale di scelta del promotore non esisterebbero affidamenti, concessioni, contratti né posizioni minimamente consolidate delle ricorrenti meritevoli di tutela.

La censura è fondata e merita accoglimento.

Il primo aspetto da mettere in evidenza è che, contrariamente ad alcuni rilievi di parte resistente, la proposta del RTI di cui fanno parte le ricorrenti ha avuto valutazione positiva da parte della Commissione tecnica incaricata di esaminarla e soprattutto è stata oggetto di espli-

cita e incondizionata valutazione di pubblico interesse da parte della stazione appaltante con la deliberazione n. 44 del 2006.

La Commissione Tecnico Amministrativa per gli interventi di *project financing* del Comune di Massa, nelle sedute del 17 e 18 gennaio 2006, ha attentamente esaminato la proposta del RTI delle ricorrenti, giudicandola positivamente sotto diversi profili quali quello architettonico (si parla di scelta orientata alla linea della semplicità e di facile realizzabilità dell'intervento, di una sia pur modesta «riqualificazione architettonica attraverso la previsione di aree di verde, accompagnata da estese ripavimentazioni»), costruttivo, urbanistico («i contenuti di rilievo sono quelli previsti dall'Avviso pubblico, a cui la proposta si adegua»), ambientale (si parla di miglioramento ambientale, di conservazione delle alberature, di non incidenza sulla falda acquifera, pur necessitando ulteriori valutazioni in sede di progettazione definitiva), della qualità progettuale («la Commissione non rileva particolari elementi critici riguardo alla qualità progettuale complessiva; sarà ovviamente compito delle fasi successive della progettazione meglio definire ed ottimizzare alcuni aspetti che negli elaborati di livello preliminare allegati alla proposta appaiono senza dubbio da migliorare»), della funzionalità e fruibilità dell'opera (anche in questo caso viene espresso giudizio positivo mentre «l'ottimizzazione di dettaglio di alcune soluzioni, ai fini della funzionalità, sarà demandata alle fasi di progettazione successive»), gestionali. La Commissione arriva quindi ad attribuire al progetto *de quo* 67 punti, contro i 63 assegnati alla proposta dell'altro concorrente, evidenziando solo che «gli schemi di convenzione/contratto di concessione presentati dai due proponenti...presentano comunque elementi eccessivamente vantaggiosi per i concessionari» i quali quindi devono «essere opportunamente rinegoziati con il proponente eventualmente individuato, prima della definitiva dichiarazione di pubblico interesse». Dunque dalla Commissione tecnica viene un giudizio positivo sulla proposta del RTI delle ricorrenti, salve le necessità di approfondimenti di alcuni aspetti tecnici nei gradi successivi della progettazione (in sede di proposta viene presentato solo un progetto preliminare) e salva la segnalazione di opportuna rinegoziazione su aspetti di convenienze economica. A fronte di ciò il Comune, con la deliberazione n. 44 del 2006, ha poi fatto proprie le valutazioni della Commissione tecnica, ha riconosciuto che la proposta di parte ricorrente «risulta complessivamente meglio rispondente alle esigenze che l'Amministrazione intende soddisfare» e ha conseguentemente proceduto alla dichiarazione di pubblico interesse dalla proposta stessa ai sensi dell'art. 37-ter della L. n. 109 del 1994.

Contrariamente a quanto sostenuto in giudizio dal Comune resistente, dalla adottata dichiarazione di pubblico interesse sono derivati affidamenti qualificati e situazioni meritevoli di protezione, secondo quanto sopra evidenziato illustrando la disciplina del procedimento di finanzia di progetto. Basti qui citare, a riprova di ciò, la spettanza al promotore individuato del diritto di prelazione con riferimento agli esiti della procedura negoziata di cui

all'art. 37-*quater* cit., secondo quanto previsto anche dall'Avviso indicativo (nel quale infatti si legge che «è previsto il diritto a favore del promotore, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 37-*bis* comma 2-*bis* della L. n. 109/94 o s.m.i., ad essere preferito ai soggetti indicati dall'art. 37-*quater*, comma 1 lett. b) della stessa legge, ove il promotore intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti»).

Da ciò scaturisce la illegittimità del comportamento dell'Amministrazione, che non ha dato seguito alla dichiarazione di pubblico interesse adottata, non risulta neppure aver attivato la rinegoziazione necessaria a meglio definire i profili dell'operazione complessiva, secondo le indicazioni della Commissione, e ha invece revocato la dichiarazione medesima, in tal modo travolgendo i legittimi affidamenti discesi dalla deliberazione n. 44 del 2006, anche per l'assenza di profili motivazionali idonei a sorreggere l'atto di autotutela, come sarà meglio evidenziato in sede di esame della seconda censura.

Con il secondo mezzo le ricorrenti censurano la deliberazione di revoca della dichiarazione di pubblico interesse, contestando tutti i profili motivazionali richiamati nella deliberazione n. 164 del 2008.

La censura è fondata.

Il gravato provvedimento di revoca supporta la decisione di ritirare la dichiarazione di pubblico interesse della proposta delle ricorrenti sulla base di una serie di rilievi, che risultano invero inidonei a sorreggere l'atto di autotutela.

In primo luogo nella gravata deliberazione n. 164 del 2008 si richiamano i «numerosi profili di criticità sotto il profilo tecnico ed economico del progetto, ampiamente evidenziati dalla Commissione comunale di valutazione del *project* e non superati dal promotore nella fase successiva alla dichiarazione di pubblico interesse e propeedeutica all'approvazione del bando di gara (così come consente, espressamente, l'art. 37-*quater* della L. n. 109/1994)». Ma l'assunto, come già evidenziato nell'esame della precedente doglianza, risulta privo di fondamento. Sul piano tecnico la Commissione di valutazione ha espresso un giudizio positivo sulla proposta del RTI promotore, avendo solo evidenziato la necessità di approfondimenti del tutto fisiologici nel passaggio dal progetto preliminare a quelli definitivo ed esecutivo. D'altra parte se vi fossero state criticità tecniche rilevanti, e non mere necessità di specifici approfondimenti, la Giunta Comunale non avrebbe invece dovuto procedere alla dichiarazione di pubblico interesse, come ha invece fatto. La Commissione ha realmente evidenziato la necessità di una rinegoziazione sotto il profilo economico, che tuttavia spettava all'Amministrazione attivare, cosa che non risulta invece avvenuta. Ne consegue che il motivo addotto è come tale inidoneo a sorreggere l'atto di revoca, l'atto presentandosi sul punto illegittimo sotto il profilo motivazionale e istruttorio.

In secondo luogo la deliberazione n. 164 del 2008 richiama le sopravvenute modifiche legislative che hanno riguardato l'istituto del *project financing* e che sono ritenute idonee, ancorché non direttamente applicabili, a giustifi-

care una diversa valutazione della p.a. sulla dichiarazione di pubblico interesse della proposta di cui alla presente controversia. Viene in particolare richiamata la modifica legislativa che riguarda la soppressione del diritto di prelazione a favore del promotore. Anche questo profilo risulta privo di pregio. Il diritto di prelazione a favore del promotore, previsto nella L. n. 109 del 1994 e nel testo originario del D.Lgs. n. 163 del 2006, è stato soppresso dal secondo decreto correttivo del Codice dei contratti (D.Lgs. n. 113 del 2007) - ed è a questa modifica che si fa riferimento nell'atto gravato - salvo essere reintrodotta, seppur parzialmente e nell'ambito di una nuova regolamentazione dell'istituto secondo linee direttive fortemente innovative, dal terzo decreto correttivo al Codice (D.Lgs. n. 152 del 2008; si vedano adesso i commi 15, lett. e], e 16, lett. c], del D.Lgs. n. 163 del 2006 novati). È evidente che le oscillazioni legislative in materia di prelazione non possono influenzare le scelte amministrative. Gli operatori economici si determinano a partecipare ad una procedura sulla base della disciplina applicabile al momento dell'emissione del relativo bando (od avviso indicativo) e tale disciplina deve continuare ad essere applicata anche se il legislatore, per le procedure future, ha *medio tempore* modificato la regolamentazione di un certo istituto. Alla luce di questi rilievi il Comune di Massa non può fondare la sua decisione di revoca della dichiarazione di pubblico interesse sul richiamo, ancorché indiretto, alle modifiche normative intervenute, se queste risultano palesemente inapplicabili al caso concreto (dato questo non contestato dall'Amministrazione).

Ulteriore riferimento motivazionale è reperibile nella deliberazione n. 164 del 2008 con il richiamo ad atti programmatori adottandi, come il Piano Strutturale e il Piano Urbano del Traffico. Appare tuttavia singolare il riferirsi a strumenti programmatori di portata generale che risultano al momento dell'emanazione dell'atto gravato, non solo non definitivamente approvati, ma neppure adottati, non vedendosi in che modo possano modificarsi scelte pregresse sulla base del richiamo a future, eventuali ed ipotetiche, nuove direttive programmatiche allo stato prive di giuridica consistenza.

Nell'atto gravato si evoca infine «la necessità di valutare la compatibilità della scelta di costruire l'opera pubblica suddetta sia sotto il profilo della rispondenza alle priorità programmatiche dell'Amministrazione, sia delle conseguenze dell'impatto finanziario del *project* sul bilancio dell'Ente». Ma è evidente, in disparte la genericità dei richiami non supportati da elementi specifici di profili programmatici prevalenti e di impatto sul bilancio, che i profili evocati sono già stati oggetto di valutazione al momento dell'adozione della deliberazione di dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore e non possono essere utilizzati *ex post* per tornare, senza adeguate motivazioni, su scelte già compiute.

Con il quinto mezzo le ricorrenti censurano l'adottato provvedimento di revoca per non essere stato preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della L. n. 241 del 1990.

La censura è fondata.

Come la giurisprudenza ha avuto tante volte modo di in-

dicare, il rispetto delle regole partecipative è regola fondamentale in tema di autotutela, anche alla luce del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento (cd. *legitimate expectation*) (in termini, Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2009, n. 5004). Il risultato è che il Comune di Massa non poteva adottare il gravato atto di revoca della deliberazione n. 44 del 2006, sul piano procedimentale, se non facendolo necessariamente precedere dalla comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 della L. n. 241 del 1990, ponendo così in grado le ricorrenti di interloquire sulle ragioni del prospettato atto di autotutela.

Con il sesto mezzo si censura per invalidità derivata la deliberazione del Consiglio Comunale n. 27 del 29 maggio 2008 nella parte in cui ha deliberato il nuovo programma triennale delle opere pubbliche e connesso piano annuale, conformandosi alla statuizione di revoca di cui alla deliberazione di Giunta n. 164 del 2008.

La censura è fondata.

La impugnata deliberazione n. 27 del 2008 appare invece di difficile lettura, giacché contiene un dispositivo in apparenza contraddittorio rispetto alla parte motiva dell'atto. Lasciando in disparte le considerazioni di tecnica redazionale dell'atto, che pur la deliberazione *de qua* meriterebbe, ritiene il Collegio che possa accedersi all'interpretazione proposta dall'Amministrazione secondo cui la nuova programmazione delle opere pubbliche ha espun-

to dal suo seno il *project financing* di viale Chiesa, proprio in forza della revoca della dichiarazione di pubblico interesse della proposta del proponente. Ma una tale statuizione risulta allora illegittima, una volta accertata la illegittimità dell'atto di autotutela in questione, per invalidità derivata.

I rilievi sin qui svolti consentono di ritenere fondato il ricorso in esame, con conseguente necessità di annullare gli atti gravati, potendo le ulteriori censure mosse in ricorso essere dichiarate assorbite.

L'accoglimento del ricorso e il conseguente annullamento delle deliberazioni impugnate comporta la reviviscenza della deliberazione n. 44 del 2006, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di portare a termine la avviata procedura di finanza di progetto, indicendo la gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) della legge n. 109 del 1994.

Gli effetti caducatorio, ripristinatorio e conformativo dell'accoglimento del ricorso appaiono idonei a soddisfare la pretesa delle ricorrenti, apparendo invece infondata la pretesa di risarcimento del danno per equivalente, stante appunto il soddisfacimento in forma specifica che l'accoglimento comporta. Né d'altra parte le ricorrenti avanzano domanda di risarcimento danni connessi alla tempistica di svolgimento della procedura in esame. La domanda di risarcimento del danno per equivalente deve quindi essere respinta. *Omissis*.

IL COMMENTO

di Andrea Carapellucci

La possibilità di realizzare opere pubbliche mediante *project financing* viene a volte interpretata dalla p.a. come strumento per stimolare l'iniziativa di soggetti privati senza assumere impegni vincolanti. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, la finanza di progetto è retta, in quanto procedura concorsuale, dai principi di tutela dell'affidamento del privato. La decisione in commento, circa l'eventuale revoca della dichiarazione di pubblico interesse del progetto proposto, suscita alcuni interrogativi in merito allo *jus poenitendi* dell'Amministrazione.

Il (ricorrente) problema della disciplina applicabile

Comunque si voglia definirlo (1), il *project financing* resta innanzitutto, nell'ordinamento italiano, un istituto caratterizzato dall'instabilità dei suoi riferimenti normativi. Anche nella sentenza in esame, il TAR Toscana si trova così costretto a ricostruire la successione dei numerosi interventi del legislatore, per individuare la disciplina applicabile al procedimento oggetto del ricorso. Successione che è utile ripercorrere brevemente.

Il *project financing* ha fatto ingresso nella leggequadro sui lavori pubblici (L. 11 febbraio 1994, n. 109, cd. "legge Merloni") con l'inserimento degli artt. da 37-*bis* a 37-*nonies*, operata dall'art. 11 della

Nota:

(1) La definizione tradizionale di *project financing* è attribuita a P. K. Nevitt (*Project financing*, London, 1980, 13), che lo descrive come una particolare forma di finanziamento, in cui il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito prodotti dall'opera finanziata per la remunerazione del capitale investito. Una definizione più vicina alla prospettiva giuspubblicistica è quella di M. Baldi, G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001, 2: «operazione finanziaria rivolta ad un investimento specifico per la creazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico e/o la gestione di un servizio pubblico, su iniziativa di promotori o sponsor anche privati». Come sottolineato da alcuni Autori, tuttavia, «tentare di descrivere rigidamente in uno schema il *p.f.* significherebbe forzarne la sua connaturale essenza dinamica» (D. Scano, *Project financing, società e impresa*, Milano, 2006, 12). È forse preferibile, dunque, optare per una definizione meno legata ai diversi contesti applicativi, descrivendo il *project financing* come una «prospettiva finanziaria volta a incentivare l'intervento del capitale privato nel finanzia-

(segue)

L. 18 novembre 1998, n. 415 (cd. "Merloni-ter"). In questi, peraltro, come è stato sottolineato (2), il termine *project financing* non compariva neppure. Le nuove disposizioni si limitavano a configurare la possibilità di realizzare opere mediante contratti di concessione basati su proposte di soggetti privati, che assumessero altresì il ruolo di finanziatori. La successiva L. 1° agosto 2002, n. 166, ha ampliato il numero dei possibili promotori ed è stata recepita, senza sostanziali variazioni, dagli artt. 152-160 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163). In seguito, il D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 ed il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, hanno ulteriormente riformato (3) la disciplina della "finanza di progetto", termine con il quale il legislatore italiano sembra ormai definitivamente determinato ad individuare il *project financing*.

Nella pronuncia in commento, il giudice amministrativo - allineandosi a quanto già sostenuto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (4) - afferma innanzitutto il principio secondo il quale la normativa applicabile è quella in vigore al momento della pubblicazione del bando che avvia la procedura. Ciò consente - fra l'altro - al TAR di sgombrare il campo dalle eccezioni processuali proposte dall'Amministrazione resistente, con riferimento alla legittimazione ed all'interesse ad agire delle ricorrenti (5).

Tutela dell'affidamento e "libertà" dell'Amministrazione

Confermando una giurisprudenza consolidata (6), viene quindi ribadito che, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, ciascun soggetto - e non soltanto l'impresa capogruppo - è legittimato a ricorrere avverso gli atti lesivi della procedura. Tale principio, afferma il Tribunale, deve ritenersi applicabile al *project financing* (qui definito un "procedimento sostanzialmente concorsuale") anche nella sua prima fase, che termina con la dichiarazione di pubblica utilità della proposta. Viene così smentita la tesi dell'Amministrazione resistente, secondo la quale la fase iniziale sarebbe caratterizzata da atti inidonei a far sorgere un legittimo affidamento in capo ai promotori.

Contrariamente a quanto affermato dal Comune di Massa, il giudice amministrativo statuisce poi che la dichiarazione di pubblica utilità determina il sorgere di una posizione differenziata di vantaggio, indipendentemente dalla presenza nel bando di clausole dall'opposto tenore. Nel caso di specie, l'"avviso indicativo" (secondo la vecchia denomi-

nazione) recitava: «La presentazione della proposta non vincola in alcun modo l'Amministrazione, nemmeno sotto il profilo della responsabilità precontrattuale (*sic*). Essa quindi resterà libera di decidere se realizzare l'opera in maniera diversa, senza cioè ricorrere al *project financing*, [...] di non dar corso alla successiva fase di aggiudicazione, ovvero di non realizzare l'opera». Tale clausola è stata dichiarata nulla dal Tribunale, in quanto "meramente potestativa", e pertanto incapace di privare le società coinvolte di interesse a ricorrere. Se la decisione è senz'altro condivisibile nel merito, non risulta convincente - al di là della sua indubbia efficacia descrittiva - la motivazione enunciata dal TAR. Infatti, come riconosciuto nella stessa sentenza, una simile clausola appare innanzitutto incompatibile con la disciplina legislativa del procedimento di *project financing*, che impone di considerare la dichiarazione di pubblico interesse come atto che vincola la successiva attività amministrativa

Note:

(segue nota 1)

mento di progetti, spesso di valenza pubblica [...]. In base a tale logica finanziaria, i committenti affidano ad un soggetto la realizzazione di un'opera, prevedendosi quale corrispettivo il diritto di gestire e sfruttare economicamente l'opera realizzata per un periodo sufficiente a remunerare il capitale investito»: così S. Rodriguez, *I principi dell'evidenza pubblica e il project financing*, in *Giur. It.*, 2005, 623 (cfr. P. Carriere, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 5). Di *p.f.* come "tecnica finanziaria" parla anche A. Migliorini, *Project financing*, ne *I nuovi contratti*, vol. II, *Pubblica amministrazione e settori emergenti*, ne *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, 2004, Torino, 3. Sul *p.f.* per la realizzazione di opere pubbliche si v. - in generale - il recentissimo M. Abbatemarco, F. Re Cecconi, *Il project financing nelle opere pubbliche*, II ed., Rimini, 2009 e G.F. Ferrari, F. Fracchia, *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004. Per un approfondimento sugli aspetti procedurali, si v. G. Ferrari, L. Tarantino, *Sugli aspetti procedurali del project financing*, in questa *Rivista*, 2006, 113.

(2) S. Rodriguez, *cit.*, 622.

(3) Il D.Lgs. n. 152/2008 ha sostituito l'art. 153 del Codice, ora rubricato "Finanza di progetto", introducendo una più completa disciplina delle fasi del procedimento. Con determinazione n. 1/2009, disponibile su www.autoritalavoripubblici.it, l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha dettato le nuove «Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo" (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152)».

(4) Determinazione 16 ottobre 2002, n. 27/2002, su www.autoritalavoripubblici.it.

(5) Questione sempre oggetto di dibattito: si v. S. Monzani, *Legittimazione e interesse alla impugnazione della procedura di appalto*, in *L'Amministrazione Italiana*, 2005, 5, 668-675; M. Baldi, *I requisiti del concessionario e le modalità di selezione del promotore*, in questa *Rivista*, 2005, 4, 436-452.

(6) *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 493, in www.giustizia-amministrativa.it; in sede di rinvio pregiudiziale, si era espressa sul punto anche la Corte Giust. CE, sez. VI, ord. 4 ottobre 2007, in causa C-492/06.

va (7). Volendo ricondurre la nullità della clausola ad un paradigma civilistico, parrebbe quindi più esatto quello della contrarietà a norme imperative. Del resto, gli stessi precedenti richiamati dal TAR a sostegno della propria decisione riportano conclusioni diverse dalla mera declaratoria della nullità (8).

Con l'enunciazione dei citati principi di diritto, viene così ribadita la tesi (già cara, come si vedrà, a questo Giudice) secondo la quale il *project financing* si atteggia fin dal principio come una procedura concorsuale (9), per quanto *sui generis*, come tale soggetta ai noti principi di tutela dell'affidamento.

Un esempio di revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico

Nella vicenda in esame, la dichiarazione di pubblico interesse della proposta di *project financing* era stata oggetto di revoca a seguito dell'insediamento alla guida del Comune di una nuova amministrazione, tra le cui priorità non rientrava la realizzazione dell'intervento. La Giunta Comunale aveva così provveduto a revocare la propria precedente delibera, sulla base di motivi che sembrano riconducibili al modello, oggi codificato dal legislatore, della nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. La proposta, infatti, era stata valutata positivamente da parte dell'apposita Commissione tecnica, e la Giunta aveva inizialmente fatto proprie *tout court* le sue conclusioni. Il successivo provvedimento di revoca è invece sorretto da tre ordini di motivi, tutti all'evidenza pretestuosi. In *primis*, il Comune cita non ben specificati "profili di criticità" già rilevati dalla Commissione, la cui esistenza è però radicalmente negata dal TAR. In secondo luogo, viene fatto cenno alla soppressione del diritto di prelazione del promotore, operata dal sopravvenuto D.Lgs. n. 113/2007, che la stessa Amministrazione riconosce, peraltro, come non applicabile alla controversia. Infine, si fa riferimento all'incompatibilità dell'opera con alcuni atti di programmazione, ancora in via di adozione, come il nuovo Piano strutturale ed il nuovo Piano urbano del traffico. Al di là del dato testuale appare quindi evidente - ed è riconosciuta in tal senso dal Tribunale - la volontà del Comune di interrompere la procedura in quanto l'opera in oggetto non è più considerata di interesse pubblico: lo stesso atto di revoca, del resto, richiama le nuove «priorità programmatiche dell'Amministrazione». Siamo quindi in presenza di un provvedimento espressione del tradizionale *jus poenitendi* (10) dell'Amministrazione, oggi codificato dal-

l'art. 21-*quinquies* della legge sul procedimento amministrativo (11), e dalla stessa posto in relazione con la necessità di tutelare gli interessi ed il legittimo affidamento del privato (12).

Com'è noto, la L. n. 241/1990 ha previsto - in via generale - la possibilità di revocare i provvedimenti amministrativi in caso di «mutamento della situazione di fatto», «sopravvenuti motivi di pubblico interesse» e «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario». Le motivazioni fornite dalla Giunta consentono di escludere che, nel caso di specie, il Comune abbia invocato un mutamento della situazione di fatto. Allo stesso modo, va escluso che la revoca della dichiarazione di pubblico interesse sia riconducibile alla categoria dei «soprav-

Note:

(7) Si consideri che le norme sul contenuto necessario del bando (all'epoca art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, L. n. 109/1994) sono state oggetto di un procedura di infrazione comunitaria (n. 2001/2182), e quindi modificate con la legge comunitaria per il 2004 (art. 24, comma 9, L. 18 aprile 2005, n. 62), che ha introdotto maggiori garanzie per il soggetto promotore.

(8) Si v. ad es. T.A.R. Lazio, sez. III, 7 ottobre 2004, n. 10952, in www.giustizia-amministrativa.it: il Tribunale, con riferimento ad una clausola che consentirebbe alla p.a. il recesso ingiustificato dalla trattative, ne riconosce il carattere "meramente potestativo", ed afferma quindi la necessità di interpretarla alla luce degli artt. 1366-1367 c.c., nel senso che il recesso debba essere sostenuto da un'adeguata motivazione. Diversamente, nella sentenza in esame, il TAR Toscana si limita a dichiarare - in dispositivo - la nullità della clausola in quanto "meramente potestativa".

(9) Sulla natura del *project financing*, il Consiglio di Stato ha affermato che «[esso] non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di queste ultime che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione» (Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in www.giustizia-amministrativa.it).

(10) Espressione di un fondamentale potere dell'Amministrazione, e principale fondamento degli atti di revoca secondo P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 457 s.

(11) Si v., per una esauriente ricostruzione delle posizioni espresse in materia dalla dottrina: R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 582 s.

(12) Come affermato da G. Corso, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2006, 266 s., «anche se la legge non lo dice espressamente, è ovvio che l'organo che decide di revocare un precedente atto deve "tenere conto" - come nell'annullamento d'ufficio - anche degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Anzi, ne deve tenere conto a più forte ragione, perché l'atto da revocare non è illegittimo». Concorde E. Sticchi Damiani, *La revoca dopo la l. 15 del 2005*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 1552, secondo il quale «il limite naturale del potere di revoca è costituito dal legittimo affidamento formatosi in capo al destinatario del provvedimento». Sulla necessità di ponderare, nell'esercizio del potere di revoca, l'interesse pubblico primario affidato all'Amministrazione con gli altri interessi - anche privati - in gioco, si v. le considerazioni svolte da G. Manfredi in *Annullamento d'ufficio, tutela dell'affidamento, indennità* (nota a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23 febbraio 2007, n. 362), in questa *Rivista*, 2007, 11, 1433 s.

venuti motivi di pubblico interesse». La Giunta, infatti, richiama motivi di inopportunità "originaria" dell'atto - già rinvenibili, a suo dire, nella precedente deliberazione - accanto alle nuove priorità programmatiche.

Emerge quindi chiaramente la volontà dell'Amministrazione di tornare sui propri passi, sulla base di una diversa valutazione dell'interesse pubblico. La Giunta non si spinge fino ad enunciare espressamente tale intenzione - sostenendone la legittimità in base del principio della perenne rispondenza dei rapporti amministrativi all'interesse pubblico - ma nemmeno la disconosce (13).

Come è stato evidenziato (14), l'art. 21-*quinquies* non prevede alcun limite generale all'esercizio del potere di revoca fondato sullo *jus poenitendi*, limitandosi a prescrivere che l'Amministrazione espliciti, in motivazione, le ragioni del proprio *revirement*.

Ed è proprio sotto questo profilo che il Tribunale censura il provvedimento, affermando che la revoca - per risultare legittima - dovrebbe essere assistita da una motivazione "adeguata". Nel prosieguo, il giudice amministrativo chiarisce in che cosa essa avrebbe dovuto sostanziarsi: una motivazione fondata su ragioni tecniche (allo stesso modo in cui la dichiarazione di pubblico interesse era a sua volta fondata sulle valutazioni positive della Commissione) (15). Del tutto inammissibile è invece il riferimento ad atti di programmazione ancora da adottare, e il provvedimento di revoca è illegittimo anche sotto il profilo procedurale, per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento.

Effetti dell'annullamento e obbligo di indire la gara

Nelle proprie conclusioni, Final s.p.a. e Alcoa Parking s.p.a. avevano domandato l'annullamento del provvedimento di revoca (nonché di diversi atti connessi), specificando che esso avrebbe comportato l'obbligo di indire la gara per la realizzazione dell'opera proposta. In subordine, veniva domandato il risarcimento del danno subito e - solo in ulteriore subordine - l'indennizzo previsto dall'art. 21-*quinquies* per le ipotesi di revoca legittima. Il TAR Toscana, accogliendo il ricorso, annulla le deliberazioni impugnate e specifica che, a seguito della reviviscenza dell'originale dichiarazione di pubblico interesse, «[consegue] obbligo dell'Amministrazione di portare a termine la avviata procedura di finanza di progetto». L'effetto conformativo della sentenza è così giudicato idoneo a soddisfare da solo la pretesa

delle ricorrenti, anche perché - come sottolinea il Tribunale - esse non hanno avanzato richiesta di risarcimento del danno con riferimento «alla tempistica di svolgimento della procedura» (16). La domanda risarcitoria - peraltro subordinata dalle stesse ricorrenti a quella di annullamento - viene così respinta, come quella di indennizzo (stante la dichiarazione dell'illegittimità del provvedimento di revoca).

Ma tra gli atti annullati dal giudice amministrativo rientra anche il nuovo Piano triennale delle opere pubbliche, approvato dal Consiglio Comunale, nella parte in cui, "adeguandosi" all'avvenuta interruzione della procedura di *project financing*, eliminava l'intervento in questione dall'elenco delle opere da realizzare. Il TAR afferma infatti che un nuovo atto di programmazione (17), motivato sulla base di un provvedimento che ha illegittimamente interrotto una procedura di *project financing*, è affetto da invalidità derivata. Con questa statuizione, il Tribunale ritorna sulla questione del rapporto tra dichiarazione di pubblico interesse del progetto e atti di programmazione. Una revoca per nuova valutazione del pubblico interesse non può essere motivata sulla base di un atto di programmazione ancora in via di adozione, ma - allo stesso modo - non è consentito adeguare la programmazione ad un illegittimo provvedimento di revoca (senza fornire ulteriori e specifiche motivazioni?).

Note:

(13) Del resto, come osservato da G. Corso, in *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2006, 266, una revoca basata su un mero ripensamento è da ritenersi un puro caso di scuola: sulla base dei principi generali, infatti, in tale ipotesi emergerebbe una evidente responsabilità amministrativa del funzionario, a seguito del danno erariale scaturito dall'erogazione dell'indennizzo previsto dalla legge.

(14) R. Villata, M. Ramajoli, *op. cit. sup.*, 589. Cfr. in proposito E. Casetta, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milano, 2006, 539; F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 1147; G. Piperata, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 11, 1191.

(15) «Il primo aspetto da mettere in evidenza è che, contrariamente ad alcuni rilievi di parte resistente, la proposta del RTI di cui fanno parte le ricorrenti ha avuto valutazione positiva da parte della Commissione tecnica incaricata di esaminarla e soprattutto è stata oggetto di *esplicita e incondizionata valutazione di pubblico interesse da parte della stazione appaltante* con la deliberazione n. 44 del 2006» (corsivo nostro).

(16) È evidente qui il riferimento al pregiudizio arrecato dall'eccessivo protrarsi dei tempi della procedura, peraltro non lamentato dalle ricorrenti. Si ricordi che sul c.d. "danno da ritardo" è recentemente intervenuta la L. 18 giugno 2009, n. 69, che introdotto il nuovo art. 2-bis della L. n. 241/1990.

(17) Sul punto, si v. A. Crisafulli, *La programmazione delle opere pubbliche*, in questa *Rivista*, 1999, 237.

Conclusioni

«Nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'Amministrazione esercita "in alto grado" la propria discrezionalità. La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da [...] incisive e sostanziali valutazioni di merito» (18). Così afferma il Consiglio di Stato, in una recente decisione in materia *project financing*.

Il TAR Toscana, con la sentenza in commento, sembra voler introdurre, sul punto, una precisazione. Per quanto discrezionale sia la dichiarazione di pubblico interesse, essa è pur sempre basata su una valutazione tecnica del progetto (19). L'organo politico, qualora vi aderisca in modo sostanzialmente acritico, non può successivamente discostarsene se non adducendo argomentazioni (a loro volta) di carattere tecnico. In mancanza, ogni ulteriore determinazione rischia di essere viziata alla radice dall'illegittima interruzione di una procedura che ha fatto sorgere, nei soggetti promotori, legittime aspettative al conseguimento del risultato finale: la realizzazione dell'opera.

Confermando il proprio orientamento (20) i giudici toscani ribadiscono così la necessità di applicare al *project financing* la totalità dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di affidamento del privato nelle procedure concorsuali (21). Essi determinano, con riferimento ai provvedimenti di revoca, una particolare rilevanza della motivazione, attraverso la quale il giudice esercita il proprio sindacato sull'esercizio del potere di autotutela. Dottrina e giurisprudenza hanno sempre sostenuto con forza la necessità di una motivazione adeguata a fondamento dei provvedimenti di annullamento e revoca, che consideri e ponderi tutti gli interessi in gioco, compresi quelli del privato (22). Ma esiste una sostanziale differenza tra una revoca basata su di una completa ponderazione di interessi e una revoca per motivi di carattere tecnico (23). Nella sentenza in commento, il TAR giudica inadeguata la motivazione del provvedimento di autotutela. Ciò - pare di capire - non per una insufficiente ponderazione degli interessi coinvolti (a cominciare da quelli del promotore), bensì per effetto della precedente adesione senza riserve, da parte della Giunta comunale, alle valutazioni compiute dall'organo tecnico.

L'Amministrazione è avvertita: la dichiarazione di pubblico interesse di un progetto è atto altamente discrezionale, ma una motivazione frettolosa, che si limiti a sposare il giudizio della commissione tec-

nica (24), può ostacolare la sua revoca per motivi di pubblico interesse.

Note:

(18) Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. anche, sul punto, G.F. Ferrari, F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 83 s.

(19) Sul punto, cfr. M. Allena, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in questa *Rivista*, 2009, 836 (nota a Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741): l'Autrice inquadra il tema nel più ampio dibattito relativo ai limiti del sindacato sulle scelte amministrative condizionate da valutazioni tecniche.

(20) Si v., ad esempio: T.A.R. Toscana, sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860, in *Giur. It.*, 2005, 622, con nota di S. Rodriguez, *cit.*; T.A.R. Toscana, sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, in questa *Rivista*, 2003, 3, 329-339; T.A.R. Toscana, sez. II, 2 agosto 2000, n. 1779, in questa *Rivista*, 2001, 429.

(21) Per la dottrina, si v. il recente intervento di P. Lotti, *Concessioni, principi generali degli affidamenti pubblici* (nota a Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2008, n. 3982), in questa *Rivista*, 2009, 1, 73 s. Per la giurisprudenza si v. inoltre, *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2003, n. 533, in *Guida al Diritto*, 2003, 12, 83.

(22) V. nota 13

(23) Ontologicamente diverse dalla ponderazione di interesse, come riconosciuto già da M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 42 s. Osserva acutamente G. Sorace, in *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 268, che le valutazioni tecniche in senso proprio, pur avendo conseguenze sugli interessi, sono compiute senza tener conto di questi.

(24) In effetti, come riconosciuto dall'Autorità di vigilanza (v. determinazione 4 ottobre 2001, n. 20, in www.massimario.avlp.it) la valutazione di pubblico interesse dovrebbe esplicarsi in due momenti distinti: uno attinente alla idoneità tecnica del progetto, l'altro alla sua rispondenza al pubblico interesse. Nel caso in esame, l'Amministrazione sembra essersi limitata al primo profilo, rinunciando ad esercitare in massimo grado la propria discrezionalità nell'ambito del secondo.