

Pf, silenzio-inadempimento se la pubblica amministrazione non rispetta le scadenze

Nella realizzazione di un'opera pubblica tramite project financing, l'amministrazione deve rispettare le scadenze previste dal procedimento. L'inerzia può essere quindi impugnata per silenzio-inadempimento.

DI STEFANIA ROSI BONCI

Testo a pagina 37

Il fatto

All'origine della materia del contendere vi è la volontà dell'amministrazione comunale di Fasano di realizzare, utilizzando la proce-

Secondo il Consiglio di Stato il termine generale di 90 giorni stabilito dalla legge 241/1990 non si applica

dura del project financing, diverse opere pubbliche, inserite nella programmazione triennale 2005-2007, elenco annuale del 2005, tra le quali anche la costruzione di un parcheggio a raso nel territorio di Torre Canne. L'avviso prevedeva che le proposte dovessero essere presen-

tate entro il 30 giugno 2005, salvo il termine del 31 dicembre 2005, in assenza di proposte entro il termine precedente.

Entro i termini utili per la presentazione delle proposte, perveniva la proposta di un Consorzio Stabile, unico soggetto ad aver presentato una proposta di realizzazione della sopra richiamata opera pubblica. In data 5 marzo 2007 il responsabile del procedimento valutava di pubblico interesse la proposta presentata, sebbene rilevasse contestualmente la necessità di apportare modifiche al progetto presentato.

Quanto all'iter procedimentale della realizzazione con project financing si ricorda che l'articolo 155 del Dlgs 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), oggi non più operante in quanto abrogato a opera del Dlgs 152/2008, prevedeva che, «qualora le amministrazioni aggiudicatrici fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'art. 154 dello stesso Dlgs 163/2006, procedono, per ogni proposta individuata:

a) ad indire una gara da svol-

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3326 del 25 maggio 2010, affronta l'istituto del project financing dal punto di vista della «cadenza procedimentale».

L'organo di giustizia amministrativa afferma che, nel momento in cui la disciplina di esecuzione di opere pubbliche contempla un obbligo della pubblica amministrazione di seguire una cadenza procedimentale determinata, la stessa incide anche sul momento di formazione del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione e sul momento della conseguente possibilità di richiedere al giudice amministrativo l'accertamento dell'obbligo di provvedere da parte della pubblica amministrazione; inoltre, ogni qualvolta si verifichi una cadenza procedimentale determinata con legge, risulterà inoperante il termine generale di novanta giorni per la conclusione del procedimento, previsto dal comma dell'articolo 2, della legge 241/1990 recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi».



gere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore;

b) ad aggiudicare la concessione mediante procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto».

Nel caso di specie, l'amministrazione di Fasano rimaneva inerte e, a fronte di tale inerzia, il soggetto promotore diffidava e metteva in mora, con atto notificato il 17 aprile 2009, l'amministrazione all'indizione della gara. Nonostante la diffida e messa in mora l'amministrazione non concludeva il procedimento, ragione per cui il promotore, con ricorso notificato in data 15 giugno 2009 e depositato in data 29 giugno 2009, chiedeva l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del silenzio-inadempimento dell'amministrazione comunale intimata.

Il silenzio-inadempimento

Come anticipato in apertura di commento, il caso di specie offre spunti di riflessione in merito alla tematica del termine di conclusione del procedimento, con particolare riferimento al caso di termine previsto dalla normativa in materia di realizzazione di opere pubbliche e alla conseguente problematica del momento in cui si forma il silenzio-inadempimento da parte dell'amministrazione pubblica e sia possibile richiedere al giudice am-

ministrativo l'accertamento dell'obbligo di provvedere.

Un richiamo al concetto di «silenzio-inadempimento» per capire meglio l'argomento esaminato.

Com'è noto, in vigenza della normativa antecedente la modifica della legge 241/1990 come novellata dalla legge 15/2005, dottrina e giurisprudenza concordavano sul fatto che la pubblica amministrazione aveva l'obbligo di concludere ogni procedimento, avviato su istanza di parte o d'ufficio, con un provvedimento espresso, sussistendo un diritto del privato alla conclusione del procedimento. I casi nei quali si poteva derogare all'emissione di un atto formale conclusivo del procedimento e in cui le funzio-

Il Tar sosteneva che la Pa non era vincolata alla conclusione dell'operazione anche se aveva ricevuto la proposta del promotore

ni di quest'ultimo venivano legittimamente integrate da un comportamento inerte della Pa erano tassativamente previsti dalla legge e prendevano il nome di silenzio-assenso e silenzio-diniego, entrambe *species del genus* «silenzio-significativo». In tali casi, espressamente previsti dalla legge, il comportamento omissivo della Pa aveva un valore legale tipico ed era in grado di surrogare un provvedimento formale conclusivo dell'iter procedimentale sia in funzione di accoglimento dell'istanza (silenzio-assenso), sia in funzione di rigetto della stessa (silenzio-diniego).

Al di fuori di questi casi specifici di silenzio significativo l'inerzia della Pa era del tutto illegittima giacché priva di alcun fondamento normativo che gli desse un valore

legale tipico. Tali situazioni prendevano il nome di silenzio-rifiuto o silenzio-inadempimento e l'ordinamento riconosceva al privato leso dall'atteggiamento omissivo della Pa il diritto di rivolgersi al giudice amministrativo. Infatti, una volta scaduti i termini di conclusione del procedimento, se la pubblica amministrazione non aveva ancora provveduto, il suo silenzio poteva considerarsi legittimo in casi espressamente previsti dalla legge o illegittimo nelle restanti ipotesi, aprendo in tale ultimo caso la via del ricorso al Tar secondo le forme dettate in proposito dalla legge 15/2005.

Il DI 35/2005

A seguito dell'emanazione della legge 14 maggio 2005, n. 80 di conversione del DI 35/2005, sotto l'ambito di operatività della quale rientra la controversia in esame, si ribaltano drasticamente i termini della questione: il silenzio-assenso diviene regola generale e il silenzio-rifiuto viene individuato in ipotesi tassativamente previste, per le quali si richiede invece l'adozione di un formale provvedimento amministrativo pena l'integrazione del silenzio-inadempimento.

Viene modificato (e ampliato) il termine di conclusione del procedimento, che passa da trenta a novanta giorni.

Dal carattere generale del silenzio-assenso, perciò, emerge quello residuale del silenzio-inadempimento. Tale fattispecie si verifica solo quando la Pa, investita di un'istanza concernente una delle materie escluse dalla sfera del silenzio-assenso, ometta di provvedere. In tal caso il suo comportamento sarà inadempiente e potrà aprirsi la procedura giurisdizionale.

Il Tar Puglia

Il Tar Puglia, sezione staccata di Lecce, sezione terza, con sentenza 2185/2009 aveva dichiarato inammissibile il ricorso presentato in quanto proposto quando non era ancora spirato, dalla notificazione

della diffida, il termine di novanta giorni per adempiere da parte dell'amministrazione resistente, individuato a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 241/1990, secondo il testo introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 di conversione del Dl 35/2005.

Il Tar:

a) non considerava perentorio il termine di tre mesi previsto dall'articolo 155 del codice dei contratti pubblici;

b) riteneva che l'amministrazione non doveva ritenersi vincolata dalla definizione positiva dell'operazione di project financing, anche se erano già pervenute le proposte da parte dei promotori, atteso che doveva ritenersi preminente la valutazione, anche sopravvenuta, del pubblico interesse alla realizzazione delle opere;

c) riteneva necessario che, a seguito della proposizione della diffida e messa in mora, l'amministrazione dovesse provvedere entro il termine legislativamente previsto a norma dell'articolo 2 della legge 241/1990, vale a dire, in assenza di diversa determinazione da parte dell'amministrazione comunale in me-

rito alla definizione del procedimento, entro il termine legale di novanta giorni individuato a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 241/1990, secondo il testo introdotto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 di conversione del Dl 35/2005.

A questo punto il Consorzio ha proposto appello denunciando la violazione dell'articolo 2, comma 2, della legge 241/1990, nella parte in cui impone che il provvedimento deve essere concluso nel termine indicato dalla legge.

Il Consiglio di Stato

Secondo il massimo organo di giustizia amministrativa il Tar, affrontando la problematica, non ha considerato che, nell'ambito della disciplina dell'istituto, l'articolo 155 del codice degli contratti pubblici, nella parte con la quale assegna un termine di tre mesi, a decorrere dalla determinazione relativa alla sussistenza dell'interesse pubblico alla realizzazione della proposta, per la prosecuzione del procedimento finalizzato ad aggiudicare la concessione, fissa una cadenza procedimentale determinata che va os-

servata da tutte le pubbliche amministrazioni.

La conclusione a cui giunge il Consiglio di Stato è che pertanto ci troviamo di fronte a una di quelle fattispecie nelle quali, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 2, comma 2, della legge 241/1990, come modificata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 di conversione del Dl 35/2005, il termine entro il quale deve concludersi il procedimento è previsto per legge, e pertanto è inoperante il termine generale di novanta giorni di cui all'articolo 2, comma 3, della legge 241/1990 e s.m. e i., come invece ritenuto dal Tar.

Il Consiglio di Stato conclude sostenendo che è vero che l'amministrazione ha sempre il potere di riesaminare le proprie scelte in tema di realizzazione di opere pubbliche, tuttavia è pur vero che l'amministrazione ha l'obbligo di assumere una motivata determinazione in merito alla mancata conclusione della procedura; per tale motivo accoglie l'appello e ordina all'amministrazione di emettere una pronuncia in esito alla diffida notificata dall'appellante.

© RIPRODUZIONE RISERVATA



SETTIMANALE DI MERCATI & PROGETTI,
NORME, APPALTI

Direttore responsabile:
ELIA ZAMBONI

Coordinatore editoriale:
GIORGIO SANTILLI

edilizia@ilsole24ore.com

GRUPPO 24ORE

Proprietario ed Editore: Il Sole 24-Ore S.p.A.
Presidente: Giancarlo Cerutti
Amministratore Delegato: Donatella Treu

REDAZIONE:

Alessandro Arona
a.arona@ilsole24ore.com
0630227602

Massimo Frontera
m.frontera@ilsole24ore.com
0630227664

Flavia Landolfi
f.landolfi@ilsole24ore.com
0630226440

Alessandro Lerbini
a.lerbini@ilsole24ore.com
0630227618

Silvia Marzialetti
s.marzialetti@ilsole24ore.com
0630227614

Bianca Lucia Mazzei
b.mazzei@ilsole24ore.com
0630227604

Mauro Salerno
m.salerno@ilsole24ore.com
0630227659

Valeria Uva
v.uva@ilsole24ore.com
0630227605

Registrazione Tribunale di Avezzano n. 124 del 25 luglio 1996
Sede legale: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano

Amministrazione: Via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano
Direzione, redazione: Piazza dell'Indipendenza, 23 B, C - 00185 Roma
Tel. 0630227632 - Fax 0630227649

Il Sole 24-Ore S.p.A. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questo periodico può essere riprodotta con mezzi grafici e meccanici quali la fotocoproduzione e la registrazione. Manoscritti e fotografie su qualsiasi supporto veicolati, anche se non pubblicati, non si restituiscono.

Servizio Clienti Periodici: Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli (AQ). Tel. 06 oppure 023022.5680 - Fax 063022.5400 oppure 023022.5400.

Abbonamento annuale (Italia): Edilizia e Territorio (settimanale + CD-Rom delle annate): euro 199,00; per conoscere le altre tipologie di abbonamento ed eventuali offerte promozionali, contatti il Servizio Clienti (tel. 02.3022.5680 oppure 06.3022.5680; mail: servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com).

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti telefonando direttamente e inviando l'importo tramite assegno non trasferibile intestato a: Il Sole 24 ORE S.p.A., oppure inviando la fotocopia della ricevuta del pagamento sul c.c.p. n. 31481203. La ricevuta di pagamento può essere inviata anche via fax allo 02.3022.5406 oppure allo 06.3022.5406.

Per abbonarsi via internet consultare il sito www.shopping24.it. Arretrati e numeri singoli: 5,16 comprensive di spese di spedizione. I numeri non pervenuti potranno essere richiesti via fax al nr. 02-06/30225402; 02-06/30225406 o via email a servizioclienti.periodici@ilsole24ore.com entro due mesi dall'uscita del numero stesso.

Pubblicità: Il Sole 24 ORE Editoria Specializzata srl - Via Goito 13 - 40126 Bologna - Tel.: 051/65751

Tariffe pubblicità: Tabloid: pagina intera b/n 4.110,00, colore 6.030,00; Junior Page b/n 2.470,00, colore 3.450,00; Mezza Pagina b/n 2.080,00, colore 3.020,00; Fascicolo: seconda di copertina 7.670,00+iva, terza di copertina 6.570,00+iva; quarta di copertina 8.760,00+iva; quartino centrale 11.370,00+iva.

Stampa: Il Sole 24-ORE S.p.A. - Via Tiburtina Valeria (S.S. n. 5) km 68,700 - 67061 Carsoli