

Pubblicato il 23/06/2020

N. 04015/2020REG.PROV.COLL.
N. 10037/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10037 del 2019,
proposto da

C.R.I.A. – Consorzio Regimazioni Idrauliche e Ambientali, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati
Annamaria Tassetto, Mario Ettore Verino e Franco Zambelli, con domicilio
digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo
studio dell'avvocato Mario Ettore Verino in Roma, via Barnaba Tortolini, n.
13;

contro

Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Franco Botteon, Tito Munari e Cristina Zampieri, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto
presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, Sezione
Prima, n. 00953/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Veneto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, e con le modalità di cui allo stesso art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il Cons. Stefano Fantini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il C.R.I.A.-Consorzio Regimazioni Idrauliche e Ambientali - ha interposto appello nei confronti della sentenza 4 settembre 2019, n. 953 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso la delibera della G.R. del Veneto n. 1594 del 2016, con la quale è stata disposta l'archiviazione della proposta di finanza di progetto avente ad oggetto la sistemazione idraulica del torrente "Illasi".

Con delibera di G.R. n. 816 del 28 marzo 2003 la Regione Veneto aveva impartito direttive per l'acquisizione e la valutazione di progetti per la realizzazione di "interventi di difesa del suolo attraverso il ricorso al capitale privato, con la procedura della finanza di progetto" ai sensi dell'art. 37 dell'allora vigente legge n. 109 del 1994.

Il C.R.I.A. si era proposto come soggetto promotore di una di tali iniziative, finalizzata alla realizzazione di un intervento di sistemazione idraulica del torrente "Illasi", da eseguirsi nel tratto che va dalla confluenza, in località S. Andrea, con il torrente "Covolo" e "Frighi", fino alla sua immissione nel fiume Adige, nei Comuni di Badia Calavena, Tregnano, Illasi, Colognola ai Colli e Lavagno (in provincia di Verona). La proposta del C.R.I.A., ritenuta idonea sotto il profilo tecnico-finanziario con provvedimento del 2008, aveva ottenuto il giudizio favorevole di compatibilità ambientale in data 24 febbraio 2010, ma era stata successivamente obiettata, nel 2012, l'insostenibilità del

P.E.F. basato sulla vendita del materiale inerte, il cui valore di mercato risultava dimezzato a causa del crollo del settore dell'edilizia.

A seguito di ulteriore contraddittorio accedente anche al preavviso di archiviazione della proposta progettuale ed alla difficoltà rappresentata dal consorzio di predisporre autonomamente proposte alternative, è intervenuta la delibera di Giunta di archiviazione, fatta oggetto di gravame.

Con il ricorso in primo grado, di riassunzione del giudizio dopo la declinatoria di giurisdizione del Tribunale superiore delle Acque pubbliche con sentenza n. 2 del 2019, il C.R.I.A. ha impugnato la delibera giuntale di archiviazione della proposta di finanza di progetto, deducendone l'illegittimità per sviamento di potere, violazione degli artt. 3 e 7 della legge n. 241 del 1990, vizio motivazionale ed omessa attivazione del contraddittorio procedimentale, nella considerazione che l'impugnato provvedimento abbia in realtà consistenza di revoca.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso, ritenendo correttamente configurabile il provvedimento di archiviazione in assenza di un atto ad efficacia durevole e comunque rispettato il contraddittorio procedimentale; ha altresì precisato che non spetta l'indennizzo in caso di rimozione della dichiarazione di pubblico interesse del progetto di finanza (di cui è peraltro contestata l'esistenza), in quanto difetta in capo all'interessato una posizione giuridica definitiva.

3.- Con il ricorso in appello il C.R.I.A. ha reiterato le censure di primo grado, incentrate sull'affidamento ingenerato, idoneo a far sorgere il diritto all'indennizzo a fronte di un provvedimento di natura revocatoria, o comunque al risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale.

4. - Si è costituita in resistenza a Regione Veneto, concludendo per la reiezione del ricorso in appello.

5. - All'udienza del 28 maggio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione, senza discussione, sulla base degli atti depositati.

DIRITTO

1.- Il primo, articolato, motivo di gravame critica la sentenza per avere ritenuto legittimo il provvedimento di formale archiviazione, avente in realtà, per l'appellante, natura revocatoria del procedimento di finanza di progetto basato su di una diversa valutazione di opportunità, sì da schiudere la strada all'applicazione dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 in tema di indennizzo, in assenza peraltro di un effettivo contraddittorio procedimentale, tanto più necessario in quanto nel sistema della legge n. 109 del 1994 non era consentito al promotore (che, pure, ha presentato varie istanze, tra le quali quella in data 7 novembre 2014 e poi quella in data 20 settembre 2016) modificare unilateralmente la proposta e dunque il p.e.f. (come si desumerebbe, tra l'altro, dalla previsione dell'art. 37-*quater* della legge n. 109 del 1994); deduce dunque il proprio diritto all'indennizzo che, anche a prescindere dalla sussistenza di una violazione delle regole di correttezza, si pone a tutela dell'affidamento ingenerato da una proposta accolta nell'ambito di un procedimento davvero di incomprensibile durata (tredici anni) e poi conclusosi con una atipica archiviazione.

Il motivo, anche a prescindere dai profili di inammissibilità connessi alla sua proposizione come mera reiterazione del motivo di primo grado, più che come critica alla sentenza, è infondato.

Il provvedimento impugnato in prime cure, all'esito di un'attenta ricostruzione dell'*iter* procedimentale, ha disposto l'archiviazione della proposta di finanza di progetto dell'appellante, nella considerazione che il piano economico finanziario allegato alla proposta stessa si fondava sul valore del materiale inerte risultante dalla realizzazione delle opere, che ha però subito un dimezzamento a causa del crollo del mercato edilizio, rendendo di fatto non più sostenibile il p.e.f. e lo stesso progetto, sì da precluderne l'approvazione.

Tale provvedimento è da ritenersi legittimo, atteso che, al di là del *nomen iuris* utilizzato, il suo contenuto è di non approvazione del progetto, motivatamente ritenuto non sostenibile sul piano economico-finanziario.

E' controverso se sia intervenuta la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera, ma si tratta di un profilo che non richiede approfondimento ai fini del decidere, in quanto, in ogni caso, e cioè quand'anche fosse stato non solo individuato il promotore, ma anche ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato, l'amministrazione non sarebbe comunque vincolata a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione, ovvero non procedere affatto.

Ne consegue che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera, la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua ad essere immanente ed insindacabile nel merito (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 820). Infatti la disciplina del *project financing* si contraddistingue in quanto l'iniziativa non è assunta dall'amministrazione, ma dal privato; tuttavia, anche una volta che la proposta di quest'ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, il promotore non acquisisce alcun diritto pieno all'indizione della procedura, ma una mera aspettativa, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine all'opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta. Detta aspettativa non è quindi giuridicamente tutelabile rispetto alle insindacabili scelte dell'amministrazione e la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solamente all'interno della gara una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta.

Ne consegue che comunque, anche a ricondurre (impropriamente, per quanto si è detto) il provvedimento gravato nell'area nozionale della revoca, risulterebbe infondata la domanda di indennizzo, il quale, ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, non spetta in caso di revoca di atti ad

effetti instabili ed interinali, ma solo in caso di revoca di atti durevoli, stabilmente attributivi di vantaggi, laddove invece la dichiarazione di pubblico interesse del progetto presentato dal promotore non è un atto durevole, ovvero attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, ma meramente ed eventualmente prodromico alla successiva indizione della gara.

Né è ravvisabile una tutela dell'affidamento che sarebbe stato violato dalla mancata instaurazione del contraddittorio procedimentale, in quanto proprio dal provvedimento impugnato si evince un costante rapporto di comunicazione tra l'amministrazione ed il C.R.I.A.; del resto, anche a ritenere troppo breve il termine di sessanta giorni attribuito dall'amministrazione con la nota del 4 dicembre 2012, onde consentire al consorzio la presentazione di un progetto alternativo, risultano intervenute ulteriori successive riunioni ed incontri, ed il preavviso di rigetto è stato adottato solamente il 23 ottobre 2014.

2. – Con il secondo motivo di gravame C.R.I.A. sostiene che non avrebbe potuto apportare le modifiche progettuali di sua iniziativa, ma solamente su indicazione della Regione Veneto, ciò comportando un vizio motivazionale ed un difetto di istruttoria idonei ad inficiare l'archiviazione della proposta di *project financing*.

Anche tale motivo è infondato.

Giova chiarire che nella descritta ampia discrezionalità, che residua in capo all'amministrazione anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse del progetto, bene si intende come assuma limitata rilevanza la circostanza se l'iniziativa alla modifica progettuale (finalizzata a rendere il progetto economicamente sostenibile) spettasse al promotore, cui si deve l'iniziativa della procedura della finanza di progetto, o se invece dovesse essere in qualche misura concordata con l'amministrazione.

In ogni caso, la sentenza ha condivisibilmente rilevato che il promotore riveste un ruolo di parte essenziale nel procedimento della finanza di progetto ed in tale veste dispone di poteri idonei ad incidere sulla tempistica del

procedimento, anche mediante l'attivazione di rimedi giustiziali, il che non è avvenuto. Piuttosto, ha rilevato sempre la sentenza che *«a fronte delle indicazioni di massima fornite dall'Amministrazione regionale in punto di riduzione degli interventi previsti (cit. nota 4 dicembre 2012 prot. 551123), il Consorzio ricorrente non ha avanzato alcuna soluzione alternativa; in disparte la partecipazione agli incontri/riunioni, la posizione del Consorzio ricorrente risulta essersi isterilita nella ricerca di indicazioni puntuali sulle modifiche da apportare all'originaria proposta piuttosto che assumere un ruolo propositivo, con l'elaborazione di una alternativa soluzione progettuale coerentemente alla peculiare connotazione della procedura di project financing in questione [...]»*.

3. - Il terzo motivo critica poi la statuizione di primo grado di reiezione della domanda di risarcimento del danno (indicato nella misura di euro 361.019,76) a titolo di responsabilità precontrattuale, ravvisata nel fatto che la Regione Veneto, pur a fronte di molti solleciti a provvedere indicando le modifiche da apportare al progetto, sia rimasta inerte, per poi procedere all'archiviazione della proposta di finanza di progetto.

Il motivo è infondato.

Va anzitutto ribadito quanto già in precedenza osservato e cioè che anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato ed individuato il promotore, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione (ciò comportando che la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solamente all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta).

Ne consegue che anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera non sorge un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, a che l'amministrazione dia poi corso alla procedura di finanza di progetto (in termini Cons. Stato, V, 23 novembre 2018, n. 6633; V, 18 gennaio 2017, n. 207). Si intende, in altri termini, affermare che la decisione di non dare avvio alla gara non è di per sé causa di responsabilità precontrattuale.

Rimane naturalmente una responsabilità precontrattuale generica, configurabile allorchè l'affidamento incolpevole sia leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, ed a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà (come, ad esempio, nel caso in cui l'amministrazione annulli d'ufficio la dichiarazione di pubblico interesse e di approvazione del progetto proveniente dal promotore per una diversa valutazione sulla convenienza economica del ricorso allo strumento della finanza di progetto, anche al cospetto di un provvedimento di autotutela legittimo : cfr. Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n. 111).

Nella fattispecie controversa un comportamento scorretto dell'amministrazione non è però dato rinvenire, per quanto suesposto e per quanto con sufficiente chiarezza emerge dal provvedimento di archiviazione. Anche in questo caso condivisibilmente, la sentenza impugnata ha rilevato difettare *«l'imprescindibile requisito dell'imputabilità all'Amministrazione, sotto il profilo causale, delle evenienze fattuali che hanno portato alla (sopravvenuta) insostenibilità economico-finanziaria dell'originaria proposta sul punto, cfr, pag. 11 del ricorso, ove il crollo del mercato degli inerti viene ritenuto dallo stesso Consorzio esponente indipendente dalla volontà di entrambe le parti), così come, ex aliis, quello soggettivo della colpa nonché della violazione delle regole di correttezza e di buona amministrazione da parte della medesima Amministrazione, sì da escludere la ricorrenza di qualsivoglia forma di responsabilità a carico della stessa»*.

Lo stesso aspetto della durata del procedimento - e dunque del tempo che l'amministrazione ha atteso per archiviare la proposta di *project* - non risulta soggettivamente imputabile all'amministrazione in termini di dolo o colpa (come richiesto da Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5), quanto piuttosto, in una dimensione bilaterale della buona fede oggettiva, alla ridefinizione della proposta da parte del Consorzio, ventilata anche a seguito del preavviso di rigetto, nonché all'attesa dei tempi dell'istruttoria da parte della Sezione Bacino Idrografico Adige Po-Sezione di Verona.

4.- In conclusione, alla stregua di quanto esposto l'appello, con l'unita domanda risarcitoria, va respinto.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore della Regione Veneto, delle spese di giudizio, liquidate in euro quattromila/00 (4.000,00), oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se spettanti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO