

TAR Campania, Sezione I Napoli - Sentenza 02/10/2006 n. 8431
legge 109/94 Articoli 37bis - Codici 37/bis.1

Qualora l'amministrazione, avendo fatto ricorso all'istituto del project financing di cui agli artt. 37bis e s.s. della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m. ed essendo andata deserta la gara di cui all'art. 37quater, comma 1, lett. a), abbia dapprima dichiarato provvisoriamente concessionario dell'opera pubblica il promotore e, successivamente, prima di procedere alla stipulazione del contratto, abbia deliberato l'annullamento dell'intera procedura per rilevate illegittimità analiticamente riportate nella motivazione, la posizione del promotore privato non è certo assimilabile a quella di un'impresa che ha vinto una gara ad evidenza pubblica, ma si avvicina piuttosto all'ipotesi in cui vi è una situazione di provvisorietà (o se si vuole di non definitività), nella quale l'affidamento ingenerato nel privato non ha una consistenza significativa rispetto all'interesse pubblico sotteso alla decisione di secondo grado. D'altra parte l'esigenza di operare un bilanciamento degli interessi contrapposti in una valutazione globale della vicenda trova conferma nel dettato dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, a tenore del quale, "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge". Appare sostenuto da congrui elementi motivazionali il provvedimento di autotutela che evidenzia l'esistenza di un difettoso studio di fattibilità economica e di un inadeguato piano economico-finanziario (mancanza di un potere di controllo da parte del concedente; mancata inclusione tra le prestazioni a carico del concessionario di servizi indispensabili, come l'adeguamento tecnologico). Invero tali aspetti, pur attenendo al merito della convenienza ed opportunità della realizzazione dell'opera programmata, rappresentano contenuti essenziali della proposta da presentare a norma dell'art. 37bis della legge n. 109/1994 e s.m., giacché in assenza di essi l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe determinare i parametri effettivi di realizzabilità del progetto: è evidente, infatti, che un piano economico-finanziario serio, completo e dettagliato costituisce un parametro indefettibile da porre a base di gara per la selezione delle due offerte economicamente più vantaggiose.