



Oggetto

Concessione per la gestione di impianti sportivi – finanza di progetto – art. 185, comma 13, d.lgs. 50/2016 - Richiesta parere.

Funz. Cons. 3/2021

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 14 settembre 2021, acquisita al prot. Aut. n.66718 e successive note del 20 settembre prot.n. 67972, del 6 ottobre 2021 prot.n. 72503 e del 14 ottobre 2021, prot.n. 74609, nonché facendo seguito alle comunicazioni delle imprese in indirizzo, acquisite al prot. n. 71187 dell'1 ottobre 2021 e al prot. n. 74090 del 14 ottobre 2021, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 17 novembre 2021, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento del 28 giugno 2017.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata nella richiesta di parere, relativa alle modalità con le quali la stazione appaltante deve procedere alla valutazione delle proposte formulate da operatori privati ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, si richiama l'avviso espresso dall'Autorità nella Delibera n. 329 del 21 aprile 2021.

In tale pronuncia è stato osservato, in primo luogo, che ai sensi dell'art. 183, comma 15 citato, gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità, anche se presenti negli strumenti di programmazione già approvati dalla stessa amministrazione sulla base della normativa vigente. *L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta.* Dette proposte contengono, tra l'altro, un progetto di fattibilità che, ove approvato, è posto a base di gara cui è invitato il proponente. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro il termine di quindici giorni previsto dalla norma, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione, ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, nei limiti indicati, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta.

Riguardo alla procedura esposta, la consolidata giurisprudenza ha evidenziato che essa si articola in due serie procedimentali (cfr. CdS, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; Tar Lombardia – Milano, Sez. IV, sentenza 28 marzo 2019, n. 619; TAR Veneto – Venezia, Sez. I, 7 agosto 2018, n. 855). In particolare, la prima fase, di selezione del progetto di pubblico interesse, è intesa alla valutazione della fattibilità che giustifichi l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore. La seconda fase, di scelta del contraente per

l'affidamento dei lavori, costituisce la fase vera e propria della procedura pubblica di selezione, finalizzata a consentire alle imprese interessate l'aggiudicazione di una pubblica commessa. Nonostante sussista un nesso di presupposizione necessario tra le due fasi, esse sono strutturalmente autonome.

Nell'ambito della prima fase del project financing, la disposizione di cui all'art. 183, co. 15, cit. fissa soltanto i tratti essenziali del procedimento di valutazione delle proposte presentate dai privati all'amministrazione aggiudicatrice. Pertanto, nella delibera n. 329/2021 citata, l'Autorità ha approfondito il tema dell'applicabilità a tale fase, delle disposizioni della l. 241/1990, osservando - anche alla luce dell'art. 30, comma 8, del d.lgs. 50/2016 (ai sensi del quale "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici ... si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241") - che la valutazione di fattibilità delle proposte ex art. 183, comma 15 del Codice, "... costituisce la manifestazione della volontà del titolare della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato". Di conseguenza, "Si è, dunque, nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale, dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo" (cfr. CdS, Sez. IV, sentenza 10 novembre 2005, n. 6287). Pertanto, *l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento con un provvedimento espresso, da adottarsi nel termine fissato dalla legge* (cfr. CdS, Sez. V, sentenza 20 aprile 2012, n. 2337) e a "*riscontrare anche in senso negativo l'istanza, esternando le ragioni che non consentivano di valutare positivamente la fattibilità della proposta*" (CdS. Sez. V, sentenza del 24 gennaio 2019, n. 603/2019). Del resto la giurisprudenza si è espressa in merito alla illegittimità del silenzio inadempiuto serbato dall'Amministrazione sulla proposta presentata ai sensi del citato art. 183, co. 15, e all'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso (cfr. TAR Lombardia, Sez. I, sentenza del 17 giugno 2020, n. 1083; TAR Basilicata, Sez. I, sentenza n. 476/2017; TAR Campania, Sez. I, sentenza del 16 giugno 2020, n. 2414).

Deriva da quanto sopra che in ordine all'azione amministrativa relativa alla valutazione di fattibilità della proposta, per quanto non espressamente previsto nella disciplina speciale recata dall'art. 183, co. 15, del Codice, trova applicazione la disciplina generale sul procedimento amministrativo, con la conseguenza che l'amministrazione, a conclusione del procedimento di valutazione di fattibilità della proposta ricevuta ai sensi dell'art. 183, co. 15 del codice, è tenuta ad adottare un provvedimento amministrativo espresso e motivato ai sensi degli articoli 2, co. 1 e 3, co. 1 della l.n.241/1990 (in tal senso delibera n. 329/2021 cit.).

La giurisprudenza, nel ribadire tale principio, ha ulteriormente chiarito che nell'ambito di una procedura di *project financing* ad iniziativa privata (fermo l'obbligo dell'amministrazione di adottare una determinazione espressa sulla fattibilità della proposta entro il termine perentorio di tre mesi) l'amministrazione può richiedere chiarimenti ed integrazioni al progetto proposto al fine di valutare la corrispondenza dello stesso all'interesse pubblico. Tuttavia, una volta ricevuti i riscontri, necessariamente la stessa deve assumere una determinazione entro il termine perentorio di tre mesi dalla presentazione della proposta, tenendo tutt'al più sospesa la decorrenza del termine per il periodo necessario all'acquisizione delle integrazioni da parte del privato. Pertanto l'amministrazione «all'esito delle valutazioni tecniche che le competono e una volta scaduto il termine

trimestrale ... deve dichiarare la fattibilità o meno dell'opera, così palesando le sue determinazioni e ponendo il proponente in condizione di valutare l'attivazione dei correlati strumenti di tutela» (TAR Milano n. 1083 del 17 giugno 2020).

L'obbligo dell'amministrazione di effettuare le valutazioni sopra indicate, sussiste altresì nel caso in cui pervengano alla stessa *più proposte* di progetto spontanee ai sensi dell'art. 183, comma 15 del Codice. Anche in tale circostanza, infatti, in ossequio ai canoni dell'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e ai principi indicati nell'art. 30, comma 1, del d.lgs. 50/2016 (libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità), la stazione appaltante non può esimersi dal compiere una *valutazione quantomeno preliminare nei confronti di tutte le proposte presentate*, nell'interesse non solo dell'operatore economico privato, ma anche della stessa amministrazione interessata (Cons. Stato, sentenza n. 4777/2018).

Sulla base di quanto rappresentato e delle disposizioni dell'art. 183, comma 15 del Codice, l'amministrazione - nell'esercizio della discrezionalità amministrativa che le compete in tale fase - è tenuta quindi ad effettuare una *valutazione preliminare di tutte le proposte* pervenute ai sensi della citata disposizione, formulate nel rispetto della norma citata e quindi corredate dalla documentazione ivi indicata, entro termine previsto, al fine di individuare la proposta ritenuta *maggiormente corrispondente all'interesse pubblico perseguito*.

Sotto altro profilo, sembra opportuno evidenziare che l'art. 183, comma 15, del Codice prevede che «L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare *al progetto di fattibilità* le modifiche necessarie per la sua approvazione». Dunque, per espressa previsione della norma, l'amministrazione, ricevuta la proposta ai sensi del comma 15, può chiedere al proponente di apportare delle *modifiche al progetto di fattibilità* e non invece richiedere - in tale fase (preliminare al vero confronto concorrenziale, secondo i chiarimenti contenuti nella citata delibera n. 329/2021) - la predisposizione di ulteriori livelli di progettazione, quale possibilità non prevista dalla norma. Ciò determinerebbe peraltro un affidamento di un incarico di progettazione con modalità non coerenti con le previsioni del d.lgs. 50/2016 (art. 157, comma 3).

Si rappresenta, infine, che con la delibera n. 329/2021 sopra richiamata l'Autorità, in relazione alla procedura di cui all'art. 183, comma 15 del Codice, ha altresì osservato che «anche in assenza di uno specifico obbligo di pubblicazione, non è esclusa la possibilità di pubblicare i dati in questione come "dati ulteriori", ai sensi dell'art. 7-bis, co. 3, d.lgs. 33/2013. Ed è proprio alla luce di questo precetto normativo che le amministrazioni possono certamente assicurare *un presidio di trasparenza sui provvedimenti finali dei procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte in questione*. L'Autorità raccomanda che sia garantita almeno la pubblicazione degli estremi del provvedimento amministrativo e, al fine di rendere lo stesso chiaramente identificabile, auspica, in via esemplificativa, che siano pubblicati la data, il numero di protocollo del provvedimento, l'oggetto e l'ufficio che lo ha formato oltretutto il destinatario ovvero la tipologia di destinatario. La pubblicazione va fatta nella sotto-sezione di "Amministrazione Trasparente" "Altri contenuti - "Dati ulteriori", a cui si potrebbe fare un collegamento ipertestuale dalla sotto-sezione "Provvedimenti" (in cui sono pubblicati gli elenchi dei provvedimenti amministrativi ex art. 23) e, auspicabilmente, anche dalla sotto-sezione "Bandi di gara e contratti" ex art. 37, co. 1, lett. b)».

Alla luce di quanto sopra, si rimette a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 25 novembre 2021