

**Al Sindaco del Comune di Santa Cristina Gela (PA)**

**sede**

**Oggetto: Proposta di project financing ai sensi dell'art. 183 comma 15 del D.Lgs.50/2016, per l'affidamento in concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del Tempio crematorio nel cimitero comunale - Comune di Santa Cristina Gela (PA).**

Il parere viene redatto "*rebus sic stantibus*" e in base agli atti trasmessi, nella qualità di avvocato, giusta deliberazione di incarico della Giunta Municipale n.35 del 11 luglio 2023, del Comune di Santa Cristina di Gela, al fine di rendere parere "*pro-veritatae*", sulla possibilità di esercitare la revoca della procedura di gara indicata in oggetto, per sopravvenuta carenza di interesse.

Preliminarmente, al fine di comprenderne meglio i risvolti pratici, si ritiene utile fornire una breve ricostruzione dell'istituto della Finanza di Progetto (o Project Financing)-avendo particolare riguardo alla procedura d'interesse di cui al comma 15 dell'art. 183 del d.lgs.n. 50/2016 - e della sequenza cronologica della procedura di affidamento.

Orbene, giova rammentare che, la finanza di progetto è una procedura

di affidamento di un contratto di partenariato pubblico - privato o di una concessione per la realizzazione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Sicchè, l'istituto è caratterizzato dall'utilizzo di capitali privati - remunerati tramite i proventi derivanti dalla gestione dell'opera per un congruo periodo di tempo - e il coinvolgimento degli operatori economici, fin dalla fase di progettazione degli interventi.

La Finanza di Progetto è, attualmente, disciplinata all'interno del libro IV del nuovo Codice, interamente dedicato al Partenariato Pubblico Privato e alle Concessioni, ove la finanza di progetto è inserita nella Parte II riservata ai contratti di concessione (in particolare, nel Titolo IV rubricato proprio Finanza di progetto)

Infatti, per ciò che riguarda la procedura di interesse di cui all'art. 183 comma 15 del d.lgs. 50/2016 si prevede la possibilità per i c.d. promotori di presentare, per l'appunto, delle proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, che non siano inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Sono ammessi a partecipare alla procedura di affidamento i promotori in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti (art. 183 comma 8) fermo restando i motivi

di esclusione di cui all'art. 80 del vecchio Codice dei Contratti Pubblici.

Altresì, possono presentare le proposte di intervento di cui al comma 15, i soggetti con i requisiti per partecipare alle procedure pubbliche di affidamento di servizi di progettazione, eventualmente, associati con enti finanziatori o gestori di servizi, ma anche, le camere di commercio, industria ed artigianato.

Quanto al contenuto della proposta è indicato dal comma 9 dell'art. 183 che ne individua gli elementi indefettibili, quali a titolo esemplificativo:

- il progetto di fattibilità
- una bozza di convenzione
- attestazione delle specifiche caratteristiche del servizio e della gestione
- un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito o da società analoghe.

Orbene, nel termine perentorio di tre mesi, l'Amministrazione deve valutare la fattibilità della proposta e, preve eventuali modifiche richieste al promotore, inserisce il progetto di fattibilità nei propri strumenti di programmazione.

La valutazione della proposta avviene direttamente in sede di gara, nei termini e nelle condizioni stabilite dal Bando e deve avvenire

secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

In particolare, l'Amministrazione deve valutare le proposte progettuali in funzione dell'interesse pubblico perseguito, vagliando la loro idoneità a dare attuazione ad un programma non ancora definito nei suoi contenuti progettuali.

Purtuttavia, anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse l'amministrazione conserva la possibilità di valutazione in ordine al perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, comunque, la scelta dell'amministrazione risulterebbe insindacabile nel merito.

Pertanto, sulla scorta dell'art.183 del D.lgs. 50 del 2016 due sono le procedure di affidamento.

Infatti, giova rammentare che, l'art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016 prevede **due meccanismi procedurali di affidamento della concessione mediante finanza di progetto**, cui poter alternativamente fare ricorso a seconda che i lavori pubblici ovvero di pubblica utilità da realizzare siano o meno inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici. La prima parte dell'articolo (commi 1-14) è dedicata alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nei predetti

strumenti di programmazione approvati e ricalca sostanzialmente la disciplina della **procedura ordinaria "a gara unica"** prevista dai commi da 1 a 14 dell'art. 153 d.lgs. n. 163 del 006. Le principali differenze sono da rinvenire nella **scomparsa del riferimento ai lavori inseriti negli strumenti di programmazione della stazione appaltante** e nella individuazione, quale documento tecnico da porre a base di gara, di un **"progetto di fattibilità"**, anziché di uno studio di fattibilità, sempre redatto da personale qualificato delle amministrazioni aggiudicatrici ovvero, in caso di carenza in organico, da soggetti esterni. In precedenza era previsto che lo studio di fattibilità fosse a cura della pubblica amministrazione e tutta la progettazione, compresa quella preliminare, a carico del privato, mentre nella nuova disciplina compete alla stazione appaltante il progetto di fattibilità (ossia quello preliminare).

Tale procedura, che si potrebbe definire ordinaria per analogia con la previgente disciplina, prevede quindi, in sintesi, l'indizione di una gara sulla base di un progetto di fattibilità predisposto dall'amministrazione ovvero da soggetti esterni individuati con le apposite procedure selettive previste dal codice dei contratti pubblici. Una volta esaminate le proposte progettuali pervenute, l'amministrazione redige la graduatoria e, anche in presenza di una sola offerta, nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta migliore. La stipulazione del contratto di concessione può avvenire soltanto a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto definitivo e

dell'accettazione della richiesta di eventuali modifiche progettuali da parte del promotore ovvero, in caso di rifiuto di quest'ultimo, del diverso concorrente che segue in graduatoria. In tal caso, il promotore ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, nella misura massima di cui al comma 9 dell'art. 183 (ovverosia il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara). La seconda parte dell'articolo (commi 15-19) contempla la **facoltà per gli operatori economici di presentare proposte** (contenenti un progetto di fattibilità, uno schema di convenzione, un piano economico finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione) **relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità che non siano inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici**. Tale procedimento è analogo a quello precedentemente disciplinato dal comma 19 dell'art. 153 d.lgs. n. 163 del 2006 con riferimento alla **procedura ad iniziativa privata**. Nella specie, entro il termine perentorio di tre mesi l'amministrazione valuta la fattibilità della proposta e, previa eventuali modifiche richieste al proponente, inserisce il progetto di fattibilità nei propri strumenti di programmazione.

Talchè, una volta approvato detto progetto, anche a seguito delle eventuali ulteriori modifiche da parte del soggetto privato, l'amministrazione lo pone a base di una gara per l'affidamento della

concessione, sostanzialmente analoga a quella delineata dai commi 1-14, alla quale invita anche il proponente che assume la qualifica di promotore e diviene titolare di un **diritto di prelazione**. Il comma 16 dell'art. 183 prevedeva inizialmente che la proposta privata può riguardare, in alternativa alla concessione, la **locazione finanziaria** di cui all'art. 187 d.lgs. n. 50 del 2016. Tuttavia, in base alla nuova formulazione introdotta dall'art. 110 d.lgs. n. 56 del 2017, la finanza di progetto ad iniziativa privata è ora utilizzabile per qualunque tipologia di contratto di partenariato pubblico-privato.

Cio' premesso, avuto riguardo alla sequela procedimentale dell'appalto oggetto dell'odierno parere, giova rilevare quanto appresso.

Con la nota prot. n. 6404 del 10 dicembre 2021 la società CivilEngineering Services s.r.l. - capogruppo dell'A.T.I. a costituirsi tra la stessa, la URCIUOLI3 s.r.l. e la COOPERATIVEENGINEERING & SERVICES S.c.a.r.l. - ha presentato, presso il Comune di Santa Cristina Gela, una proposta di project financing ai sensi dell'art. 183 comma 15 del d.lgs n. 50/2016 per l'intervento di "Realizzazione in concessione di un Tempio Crematorio presso il cimitero del comune di Santa Cristiana Gela (PA) e relativa gestione".

Con la deliberazione di Giunta Comunale n. 5 del 21 gennaio 2022 è stato approvato il progetto di fattibilità dell'opera sulla base

della proposta presentata dalla società Civil Engineering Service s.r.l. per l'importo complessivo di € 1.950.064,17 al lordo degli oneri della sicurezza ed i.v.a. .

Quindi, con la delibera n. 4 del 28 gennaio 2022 il Consiglio Comunale ha dichiarato la Pubblica Utilità dell'opera al fine di potere consentire la predisposizione degli atti necessari per l'avvio dell'iter procedurale per l'espletamento della gara di appalto, mediante l'esperimento di una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs.n. 50/2016 da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 183 comma 4 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La procedura di gara è stata svolta dalla Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) che ha pubblicato il relativo Bando, assunto al prot. n. 7199 del 15 dicembre 2022 di questo Comune.

Esaurita la fase relativa all'esame delle domande, la C.U.C. ha proposto, con il verbale n. 5 della seduta di gara del 27 febbraio 2023, l'aggiudicazione dell'appalto in project financing per l'affidamento in concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del Tempio crematorio nel cimitero comunale "Comune di Santa Cristina Gela, all'operatore economico Civil Engineering Service s.r.l.

Terminata la fase relativa alla proposta di aggiudicazione provvisoria, in data 12 giugno 2023 è stata presentata

l'interrogazione consiliare del Gruppo "Noi per Santa Cristina" con cui è stato chiesto l'annullamento degli atti relativi al Proget Financing per l'affidamento in concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del Tempio Crematorio nel cimitero Comunale.

Frattanto, la cittadinanza locale ha manifestato la volontà contraria alla realizzazione del Tempio Crematorio mediante l'affissione di manifesti con la scritta: "Santa Cristina dice NO al forno crematorio" e con manifestazioni che hanno comportato l'interesse di testate giornalistiche e televisive regionali.

A bene vedere, si tratta di una procedura di finanza di progetto ad iniziativa privata ex comma 15 dell'art.183, che esaurita la fase relativa all'esame delle domande, la C.U.C. ha proposto, con il verbale n. 5 della seduta di gara del 27 febbraio 2023, l'aggiudicazione dell'appalto in project financing per l'affidamento in concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del Tempio crematorio nel cimitero comunale "Comune di Santa Cristina Gela, all'operatore economico Civil Engineering Service s.r.l., quindi la procedura risulterebbe sospesa nella fase della proposta di aggiudicazione provvisoria.

Pertanto, l'amministrazione Comunale di santa Cristina Gela chiede di sapere se sussiste la possibilità di interrompere la procedura

di gara, attraverso l'adozione di un provvedimento di revoca della procedura di gara e quali possibili conseguenze deriverebbero in capo all'amministrazione ex art.21 "quinquies", considerato che la comunità di Santa Cristina Gela ha reiterato il proprio dissenso, in diverse occasioni sia pubbliche che mediante diffide all'amministrazione comunale, in ordine alla realizzazione dell'opera avuto riguardo ai gravi possibili danni per la salubrità dell'area e del territorio.

Quindi l'amministrazione del Comune di Santa Cristina Gela chiede di sapere se si può interrompere la procedura di gara e quindi se risulti legittima la revoca per una nuova valutazione di interesse pubblico **"consistente nella contrarietà alla realizzazione dell'opera da parte della cittadinanza locale"**.

**(Vedasi tar lazio sez. II bis 8 settembre 2015,n.11098).**

Al riguardo è utile premettere un inquadramento dell'istituto della revoca in generale nell'ambito degli atti tipici in materia di contratti pubblici.

Sul punto, giova rilevare che, le più recenti riforme hanno ridisegnato l'ambito di esercizio dei poteri di autotutela nel settore dei contratti pubblici, imponendo un coordinamento tra la l. n. 241 del 1990 s.m.i. e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50 del 2016).

Infatti, giova rammentare che, sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i.), si sono poste

diverse questioni in relazione all'uso del potere di autotutela sugli atti della procedura di gara.

In particolare, si è discusso sulla possibilità di agire in autotutela sull'aggiudicazione provvisoria e definitiva e sul relativo onere motivazionale.

Con la riscrittura integrale del Codice dei contratti pubblici e con la sostituzione della "proposta di aggiudicazione" all'"aggiudicazione provvisoria", è stato ridisegnato l'ambito di esercizio dei poteri di autotutela.

Talchè giova rammentare che, comunque, la revoca costituisce un atto di autotutela decisoria, con effetti caducatori ex nunc, attraverso il quale l'amministrazione persegue l'interesse pubblico primario ricomparando gli interessi pubblici e quelli privati coinvolti dall'azione amministrativa ed esternando le ragioni che, all'esito di tale ricomparazione, inducono a eliminare o riformare il provvedimento originariamente adottato (**TAR Lazio, Roma, Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 2999**).

A bene vedere, l'esercizio del potere di revoca, a differenza di quello di annullamento d'ufficio, prescinde da una valutazione di legittimità-illegittimità dell'atto riguardando piuttosto il diverso profilo della sua perdurante opportunità.

Orbene, a tenore dell'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990 s.m.i., nel testo modificato dalla l. n. 164 del 2014, la revoca può essere disposta:

1. per sopravvenuti motivi di pubblico interesse;
2. per mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (tra i quali verosimilmente devono farsi rientrare quelli di affidamento dei contratti pubblici) **(TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 2 febbraio, 2018, n. 187),**
3. in caso di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, c.d. jus poenitendi **(TAR Lazio, Roma, Sez. II-bis, 25 ottobre 2017, n. 10695; Cos. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790).**

Pertanto, il potere di revoca presuppone il libero apprezzamento dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, pur nel dovuto rispetto, da un lato, dell'equilibrio tra le esigenze di flessibilità e dinamicità del potere e, dall'altro, delle esigenze di tutela del privato che abbia legittimamente riposto il proprio affidamento nel suo originario esercizio.

Alla luce di delle necessarie osservazioni, l'Amministrazione valuta se sia più opportuno lasciar esplicare i propri effetti a un provvedimento che, pur legittimamente adottato, poggia su un interesse ormai superato o comunque recessivo in relazione alle posizioni soggettive consolidate, o se piuttosto si debba accordare prevalenza all'interesse sopravvenuto.

Il temperamento in caso di revoca è dato dalla previsione di un indennizzo qualora la stessa «comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati», commisurato al danno emergente e ulteriormente "inciso", per effetto dell'intervento legislativo, dall'eventuale conoscenza o anche dalla mera "conoscibilità" da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico e dall'eventuale concorso in una erronea valutazione di esso **(T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I 26 febbraio 2016 n. 596)**.

Frattanto, la revoca dei provvedimenti incidenti su rapporti negoziali (art. 21-quinquies, comma 1-bis) l'art. 13, comma 8-duodecies del d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, convertito nella l. n. 40 del 2007 ha aggiunto all'art. 21-quinquies il comma 1-bis, il quale così dispone: «Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico». Il comma 1-ter, assolutamente identico al precedente, inserito per un deficit di coordinamento, è stato definitivamente abrogato dall'allegato A della legge n. 35 del 2012.

Di fronte alla previsione generale del primo comma dell'art. 21-quinquies, coerente con l'impostazione classica che consente la revoca solamente degli atti a efficacia durevole, il comma richiamato fa intendere – sia pure con il limite dei provvedimenti incidenti su rapporti negoziali – che la revoca possa essere esercitata anche su provvedimenti che abbiano efficacia istantanea. Il riferimento si concilia con l'art. 32, comma 8 del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50, che fa salvo «l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti» (cui si aggiungeva la previsione dell'art. 211, comma 2, poi abrogato dall'art. 123 del d.lg. n. 56 del 2017, che prevedeva il potere dell'ANAC di invitare la stazione appaltante, mediante atto di raccomandazione, di «agire in autotutela» in presenza di un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura, sanzionando il mancato adeguamento della stazione appaltante nel termine indicato dalla legge con una sanzione amministrativa pecuniaria; sul punto cfr. Consiglio di Stato, pareri del 1 aprile 2016, n. 855 e del 28 dicembre 2016, n. 2777) il richiamo, invero, non può che essere ad atti i quali, pur raggiungendo istantaneamente lo scopo cui sono rivolti, non appaiono idonei a realizzare le finalità ultime dell'amministrazione che li ha posti in essere se non attraverso il rapporto contrattuale (durevole) che costituisce la loro naturale conseguenza, anche se non la loro continuazione.

Nel caso che ci occupa, se pur l'atto si innesta nella seconda fase del project financing, nella gara a valle, risulta già individuata l'aggiudicazione provvisoria dell'operatore economico proponente.

E comunque, giova ricordare che, già l'art. 11, comma 9 del d.lgs n. 163 del 2006 s.m.i. introduceva il riferimento all'esercizio del potere generale di autotutela nei casi previsti dalla legge, anche dopo l'aggiudicazione (definitiva), nel rispetto dei presupposti di cui agli artt. 21-quinquies e 21-nonies.

Pertanto, era riconosciuta in via generale la possibilità, in materia di appalti pubblici, di intervenire, attraverso l'adozione di provvedimenti di autotutela decisoria, sugli atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione (**TAR Lombardia, Brescia, 29 novembre 2016, n. 1634**).

A bene vedere, il potere di revocare in autotutela, in quanto manifestazione tipica del potere amministrativo, è sempre stato ammesso, con il solo limite del rispetto dei principi di buona fede e correttezza, alla cui puntuale osservanza è tenuta la P.A., nonché quello della tutela dell'affidamento ingenerato (**Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7273**).

Purtuttavia, anche la giurisprudenza, sotto la vigenza del precedente Codice 163 del 2006, ha operato una distinzione tra revoca dell'aggiudicazione provvisoria e revoca dell'aggiudicazione

definitiva, precisando in più occasioni che la decisione della stazione appaltante di procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria e di non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni di pubblico interesse, non costituiva attività di secondo grado in senso proprio, diversamente dalla revoca dell'aggiudicazione definitiva.

Ciò in quanto, nei confronti di tale "manifestazione volitiva" l'aggiudicatario provvisorio vantava un "aspettativa non qualificata o di mero fatto" alla conclusione del procedimento e non già "una posizione giuridica qualificata che può derivare solo dall'aggiudicazione definitiva" (**Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5266; Id., Sez. V, 12 novembre 2009 n. 7042; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 11 ottobre 2012, n. 1757; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4).**

Ma quel che più preme sottolineare, è che, la distinzione tra la fase dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva è stata sottolineata anche in punto di motivazione dell'atto di revoca.

Sul punto, circa l'elemento "motivazionale" la giurisprudenza ha da sempre ritenuto che la revoca dei provvedimenti amministrativi fosse sottoposta a specifici oneri motivazionali allo scopo di rendere percepibili al destinatario le ragioni dello ius poenitendi esercitato dalla p.a.

Infatti, tale obbligo motivazionale, secondo un orientamento, sussisterebbe anche in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria (**Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1496**).

Giova rilevare in senso contrario, comunque, altro orientamento, valorizzando la natura di atto endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, caratterizzato da effetti instabili e interinali e, in quanto tale, inidoneo a generare nei partecipanti una posizione consolidata di vantaggio o di affidamento qualificato, ha escluso la necessità di un raffronto così stringente – e un correlato forte onere motivazionale – tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato (**TAR Campania, Napoli, Sez. II, 27 ottobre 2016, n. 4982**).

Ed ancora sul punto giova rilevare, come, la giurisprudenza ha chiarito che l'obbligo di motivazione della revoca «si rafforza man mano che la procedura per l'affidamento di un contratto pubblico volga verso la sua conclusione, essendo, al contrario, parimenti (e proporzionalmente) attenuato laddove il procedimento sia bloccato alle sue prime fasi» (**TAR Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 194**).

Del resto, per giurisprudenza costante, infatti, la possibilità che a una aggiudicazione provvisoria non seguisse quella definitiva era considerata un evento del tutto fisiologico (**TAR Sicilia Catania, Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 194**), inidoneo di per sé a ingenerare

qualunque affidamento tutelabile o obbligo risarcitorio (in assenza di illegittimità riscontrate). Veniva fatta salva la responsabilità precontrattuale per revoca dell'aggiudicazione, astrattamente configurabile (solo) in caso di violazione dei doveri di lealtà (**Cons. St., ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5**).

Sicchè, si è ritenuto che costituisse una violazione del canone di correttezza, la circostanza che l'amministrazione, non appena venuta a conoscenza del nuovo assetto degli interessi in via di maturazione idoneo a legittimare una futura revoca, non si fosse posta il problema degli affidamenti creati nei concorrenti e non avesse proceduto alla immediata e motivata sospensione degli atti di gara, in attesa di ogni definitiva decisione al riguardo (**TAR Lazio, Roma, Sez. II-quater, 2 aprile 2010, n. 5621; Id., Sez. II, 16 marzo 2010, n. 4175; Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 2012, n. 195; Id., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002; Id., Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Id., Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; Id., Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; Id., Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; Id., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6**).

In particolare, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata ravvisata dalla giurisprudenza in presenza di una "scissione funzionale" tra la legittima determinazione di caducare l'aggiudicazione e il complessivo comportamento tenuto dalla stazione appaltante (**Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 25**

settembre 2012, n. 3923; TAR Veneto, Sez. II, 7 aprile 2011, n. 582; TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 13; TAR Puglia, Bari, Sez. III, 22 marzo 2012, n. 610).

Nell'ambito del codice dei contratti n.50/2016 si è operata la sostituzione della "proposta di aggiudicazione" e l'"aggiudicazione provvisoria", infatti, si è operato il superamento del concetto di "aggiudicazione provvisoria" e la sua sostituzione con quello di "proposta di aggiudicazione" (artt. 32 e 33 del Codice), sulla scorta del parere espresso dal Consiglio di Stato sullo schema del d.lgs. n. 50 del 2016 (**Commissione speciale 21 marzo 2016, n. 855**).

Comunque, l'elemento di continuità rispetto al passato è rappresentato dall'art. 32 del Codice, che ricalca, con gli opportuni aggiustamenti, il vecchio art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. In particolare, rimane ferma la previsione di cui al comma 8, che fa salvo «l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti».

A bene vedere, ciò che cambia è solo il riferimento all'aggiudicazione e non più, come nella disciplina previgente, all'"aggiudicazione definitiva".

Infatti, l'art. 30, comma 8, del Codice 50/2016 stabilisce poi che: *«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, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione di applicano le disposizioni del codice civile».*

Gli articoli 108 e 109 dettano peraltro specifiche disposizioni rispettivamente per la risoluzione e per il recesso dal contratto di appalto, mentre l'art. 176 disciplina le ipotesi di cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento (e subentro) nelle concessioni. Testualmente, l'art. 108 prevede i casi di risoluzione (facoltativa alla ricorrenza delle condizioni di cui al comma 1, e obbligatoria, alla ricorrenza delle condizioni di cui al comma 2) del contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia (in ordine alle modalità di risoluzione sembra doversi far riferimento all'art. 1453 ss. c.c.), mentre, per le concessioni, l'art. 176 prevede i casi di cessazione (apparentemente automatica) della concessione, che sostanzialmente ricalcano quelli indicati dall'art. 108.

Tuttavia, entrambe le richiamate disposizioni configurano di fatto casi di autotutela riconducibili all'annullamento (Consiglio di Stato nei pareri 1 aprile 2016, n. 855 e 28 dicembre 2016, n. 2777), ma ne stabiliscono (l'art. 108 nel testo "corretto" nel 2017 e l'art. 176 già in quello originario) la sottrazione ai limiti di cui all'art. 21- nonies l. 241/90 s.m.i. (nelle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 108 e al comma 1 dell'art. 176) (v. il parere Cons. St., 28 dicembre 2016 n. 2777).

Nell'ambito della procedura di gara di cui all'odierno parere, di "project financing" esaurita la fase relativa all'esame delle

domande, la C.U.C. ha proposto, con il verbale n. 5 della seduta di gara del 27 febbraio 2023, l'aggiudicazione dell'appalto in project financing per l'affidamento in concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del Tempio crematorio nel cimitero comunale "Comune di Santa Cristina Gela, all'operatore economico Civil Engineering Service s.r.l.

Pertanto, la questione attiene alla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela in ordine a un provvedimento di dichiarazione di pubblica utilità di una proposta di project financing e di avvio della procedura di affidamento di pubblici lavori da parte della p.a. conclusasi con una proposta di aggiudicazione da parte della cuc competente ed quindi dalle connesse pretese patrimoniali, di indennitario.

Sul punto giova rilevare che, nel caso che ci occupa, alla luce di quanto detto, la Giunta Municipale puo' revocare la precedente delibera avente ad oggetto l'approvazione del progetto preliminare e la dichiarazione di p.u. ed il responsabile del servizio puo' di conseguenza revocare il parere di regolarità tecnica e l'attestazione della copertura finanziaria, e conseguentemente la procedura di gara indetta, con la conseguente proposta di aggiudicazione.

Pututtavia, per quanto ampiamente dedotto, anche la delibera di Giunta ( e nella conseguente determina dirigenziale) devono essere evidenziati i profili inerenti una nuova valutazione dell'interesse

pubblico quali la manifestazione da parte della popolazione del Comune di Santa Cristina che ha manifestato fortemente la contrarietà alla realizzazione dell'opera e quindi l'interesse primario, dunque, a rispondere ai bisogni manifestati dalla stessa popolazione.

Infatti, sembrerebbe che tale "motivazione" rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, con conseguente conferma della qualificazione del provvedimento in termini di revoca.

Nel caso di specie, la già citata motivazione del provvedimento di revoca è costituita appunto da una nuova valutazione dell'interesse pubblico, stante e preso atto della contrarietà manifestata dalla comunità di Santa Cristina Gela alla realizzazione dell'opera.

Talchè, tenuto conto per come ampiamente dedotto dallo scrivente che l'amministrazione di Santa Cristina Gela, nell'esercizio del c.d. jus poenitendi godrebbe di ampia discrezionalità, la motivazione posta a fondamento della revoca non potrebbe risultare affetta da vizi di legittimità.

Pertanto, nel caso che ci occupa, sembrerebbero sussistere i presupposti di legge, anche sotto il profilo motivazione, per la adozione di un provvedimento di revoca, stante una nuova valutazione dell'interesse pubblico, costituito dalla contrarietà della comunità di Santa Cristina Gela alla realizzazione dell'opera.

Talchè, del medesimo avviso la giurisprudenza amministrativa statuisce che risulta legittimo il provvedimento di revoca che dispone l'azzeramento procedurale di un progetto di finanza di cui è stata valutata positivamente la fattibilità, laddove motivato sulla contrarietà della collettività destinataria del servizio. (TAR Napoli, n.5419/2017; TAR Lazio , sez.II bis, 8 settembre 2015,n.11098; Cons. Stato n.1692/2016), è il caso che ci occupa.

In ogni caso, giova richiamare, anche l'indirizzo giurisprudenziale, (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 1803/2017) secondo cui, in tema di *project financing*, anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, l'amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento, posto che tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 207/2017; Sez. III, n. 1365/2014; n. 4026/2013; n. 2838/2013; n. 2418/2013) .

Ciò in quanto la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4177/2016) mentre

si ribadisce che, nel caso in esame, la procedura di gara non si è conclusa ancora con la stipula della concessione e con la approvazione della proposta di aggiudicazione da parte della stazione appaltante.

A questo punto, giova rispondere al secondo quesito, circa l'eventuale diritto del proponente e destinatario della proposta di aggiudicazione ad avere eventualmente diritto all'indennizzo di cui all'art.21-quinquies della l. 7 agosto 1990,n.241 nel caso di revoca della proposta di aggiudicazione.

Sul punto giova richiamare in generale il principio che esclude l'applicabilità dell'indennizzo in caso di revoca degli atti ad effetti instabili e interinali, come l'aggiudicazione provvisoria.

Infatti, nel caso che ci occupa, la C.U.C. ha proposto, con il verbale n. 5 della seduta di gara del 27 febbraio 2023, l'aggiudicazione dell'appalto in "*project financing*" per l'affidamento in concessione dell'intervento di realizzazione e gestione del Tempio crematorio nel cimitero comunale "Comune di Santa Cristina Gela, all'operatore economico Civil Engineering Service s.r.l., quindi la procedura risulterebbe sospesa nella fase della proposta di aggiudicazione non ancora approvata dalla stazione appaltante.

Purtuttavia, sembrerebbe esclusa l'applicabilità dell'indennizzo in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, quali l'aggiudicazione provvisoria, ovvero, nel vigore del d.l.s.vo n.50 del

2016, una mera proposta di aggiudicazione che non è provvedimento definitivo.

Infatti, ad analoga conclusione deve pervenirsi in riferimento alla revoca degli atti di gara, il cui contenuto impedisce di riconoscere, in capo al ricorrente la qualifica di "soggetto direttamente interessato" richiesta dall'art.21-quinquies comma 1 della l. 241/1990 per l'attribuzione dell'indennizzo. (**TAR Lazio, sez. II bis, 20 maggio 2022, n.6582**).

Quindi, deve escludersi che il ritiro di atti di gara comporti, a favore dei concorrenti, l'obbligo di pagamento dell'indennizzo, previsto dall'art.21-quinquies, seconda parte, in caso di revoca produttiva di pregiudizio.

Talchè, per un verso l'indennizzo è legalmente dovuto esclusivamente ai soggetti "direttamente interessati" dal provvedimento di revoca, vale a dire ai soggetti ai quali l'opzione revocatoria finisce per sottrarre sia pure legittimamente e per ragioni di pubblico interesse una utilità ovvero un bene della vita già acquisito al patrimonio, tali non potendo essere, per definizione, considerati gli operatori economici, per il solo fatto che abbiano formulato la loro offerta in sede evidenziale, (**Cons. Stato, 21 maggio 2018, n.2025**); e, per altro verso, laddove la misura revisionale incida rimotivatamente su atti amministrativi generali (quali sono gli atti indittivi di una procedura di gara) - non sussistono - prima della conclusione con il provvedimento di aggiudicazione definitiva del procedimento -

posizioni di affidamento qualificato, meritevoli di tutela compensativa indennitaria.

Ed in particolare in merito alla revoca della dichiarazione di pubblico interesse e scelta del promotore, non determina un diritto all'indennizzo ai sensi dell'art.21 quinquies della legge del 7 agosto 1990,n.241.

Sul punto, per il caso che ci occupa, la giurisprudenza ha statuito che, la revoca della dichiarazione di pubblico interesse della proposta di un progetto di finanza non attribuisce il diritto all'indennizzo di cui all'art.21 quinquies.

Infatti, la dichiarazione di pubblico interesse di tale proposta e la selezione del promotore, seppur differenziano la posizione giuridica del proponente, riconoscendogli un'aspettativa e una posizione tutelata nei confronti di altri operatori o di proposte concorrenti (**Cons. Stato Ad. Plen. N.1 del 2012 cit.**) non assicurano al promotore alcuna diretta e immediata utilità, ma solo l'aspettativa a che l'amministrazione dia corso alla procedura di gara, sicchè non è ravvisabile a fronte della revoca della dichiarazione di pubblico interesse il pregiudizio in danno dell'interessato, cui è correlata ai sensi dell'art.21-quinquies la corresponsione di un indennizzo (**Cons. St., sez. V 21 giugno 2016,n.2719; Id. sez. V 26 giugno 2015 n.3237; in termini si veda pure TAR Lazio Roma sez. II Bis 25 ottobre 2017,n.10695, id. 7 aprile 2016,n.4198**).

Talchè, coerentemente con l'orientamento giurisprudenziale che circoscrive l'ambito di applicazione dell'indennizzo ex art.21 *quinquies* ad ipotesi in cui la revoca incida su provvedimenti definitivi attributivi di vantaggi, scartandone l'applicabilità in caso di revoca di atti ad effetti instabili e interinali, deve escludersi che la dichiarazione di pubblico interesse della proposta di un progetto di finanza attribuisca all'interessato una posizione giuridica definitiva, la cui revoca dia luogo all'indennizzo in parola **(Cons. St. sez. v 13 marzo 2014, n.1264)**.

Purtuttavia, sul punto giova rilevare un arresto giurisprudenziale in senso parzialmente contrario, ove la revoca degli atti della procedura di project financing prima del rilascio del titolo concessorio, ma in seguito al perfezionamento della prima autonoma fase finalizzata alla scelta del promotore e al riconoscimento del carattere di pubblico interesse del progetto preliminare da questi presentato, attribuisce al promotore giusto titolo per l'indennizzo di cui all'art.21 *quinquies* della l.n.241 del 1990. In seguito alla introduzione, con d.l. 31 gennaio 2007,n.7 convertito con modificazioni dalla legge 2 aprile 2007,n.40, del comma 1-bis dell'articolo citato, l'indennizzo in questione deve intendersi ricollegabile anche agli atti ad efficacia istantanea che incidano su rapporti negoziali, la cui sussistenza non può essere negata a seguito dell'approvazione del progetto del promotore e dell'apertura sulla base di esso di un ulteriore fase selettiva, benché non ancora conclusa, **(Cons. Stato, sez. Vi, 5 marzo 2013,n.1315) in termini , si veda pure TAR Lazio Roma, sez. II bis, 13 gennaio 20178,n.619)**.

Per quanto concerne la quantificazione dell'indennizzo ex art.21 *quinquies* sembrerebbe essere parametrato alle spese inutilmente sostenute e sopportate per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio. **(TAR lazio - Roma, sez. II Bis n. 619/2017)**

### Conclusione

Pertanto, ad avviso di chi scrive, sarebbe possibile, dunque, procedere alla revoca dell'appalto di cui si tratta, così come prospettato, in quanto sembrerebbe rientrare nel perimetro applicativo, infatti, del medesimo avviso la giurisprudenza amministrativa prevalente richiamata ove risulterebbe legittimo il provvedimento di revoca che dispone l'azzeramento procedurale di un progetto di finanza di cui è stata valutata positivamente la fattibilità, laddove motivato sulla contrarietà della collettività destinataria del servizio.

Per quanto concerne la tutela indennitaria compensativa ex art.21 "quinquies" dell'art.21 cit. per l'operatore economico oggetto della proposta di aggiudicazione definitiva, si rinvia agli arresti giurisprudenziali richiamati.

Tanto si rassegna precisando che, il presente parere non vincola l'Amministrazione richiedente circa le determinazioni che riterrà

di adottare, la quale rimane libera di assumere ogni diversa determinazione sul caso a tutela dell'interesse pubblico.

Tanto si doveva, cordiali saluti

Palermo, 11 ottobre 2023

Avv. Giuseppe Ribaudò