

LA FRAGILE TUTELA DEL PRIVATO A FRONTE DELLA REVOCA DELLA DICHIARAZIONE DI PUBBLICO INTERESSE NEL PROJECT FINANCING AD INIZIATIVA PRIVATA

Elisa ANDREOTTI



Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820, estensore V. Perotti

Concessioni - *Project financing* - Proposta presentata da operatore privato - Dichiarazione di pubblico interesse della PA - Revoca - Responsabilità precontrattuale - Indennizzo - Presupposti e rilevanza.

Dovendosi sostenere che la dichiarazione di pubblico interesse di una proposta di finanza di progetto ad iniziativa privata è atto ad efficacia istantanea che non fonda alcun legittimo affidamento del promotore in una posizione di vantaggio consolidata, bensì una mera aspettativa, la sua revoca non determina responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione né obbligo di corrispondere alcun indennizzo a ristoro dei pregiudizi economici asseritamente patiti dal promotore.

SOMMARIO: 1. *Premessa in fatto.* - 2. *Natura, presupposti e bene giuridico protetto nell'istituto della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.* - 3. *La violazione della buona fede come elemento qualificante della responsabilità precontrattuale della p.a. e la sua assenza nel caso di specie.* - 4. *Il rapporto tra esercizio del potere di revoca in autotutela del provvedimento amministrativo e gli affidamenti dei soggetti privati.* - 5. *La natura della dichiarazione di pubblico interesse nel project financing e la declinazione delle posizioni private rispetto alla sua revoca.*

1. Premessa in fatto. Nella sentenza che si annota, il Consiglio di Stato respinge le argomentazioni formulate di parte ricorrente e rigetta il gravame, ritenendo legittimo il provvedimento con il quale il Comune di Verona aveva revocato in autotutela la dichiarazione di pubblico interesse di una proposta di finanza di progetto per il recupero e la valorizzazione di un bene immobile in proprietà del Comune (l'Arsenale di Verona) e soggetto a vincolo storico artistico, avanzata da parte di un raggruppamento di imprese.

Con la delibera che dichiarava il pubblico interesse, inoltre, il Consiglio comunale riconosceva la fattibilità del progetto, inserendolo nell'ambito della programmazione delle opere. La delibera esplicitava poi una serie di condizioni che dovevano essere soddisfatte al fine di poter procedere alla scelta del contraente, tra queste figurava l'approvazione di una variante urbanistica al Piano degli interventi del Comune di Verona, condizione soddisfatta a seguito di successiva delibera comunale. Si procedeva perciò alla pubblicazione del bando di gara basato sulla proposta del promotore. Tuttavia, di lì a poco un'associazione ambientalista e alcuni cittadini ricorrevano al T.A.R. chiedendo l'annullamento delle delibere del Consiglio comunale, sia quella recante la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera, sia quella con l'approvazione della variante urbanistica.

Tale gravame induceva l'amministrazione comunale ad avviare una procedura di verifica della permanenza del pubblico interesse alla realizzazione dell'opera, il cui esito negativo si traduceva nella revoca della deliberazione consiliare che aveva dichiarato il pubblico interesse dell'opera.

Il provvedimento di autotutela era motivato dal fatto che l'impugnazione della delibera consiliare di approvazione della variante urbanistica aveva reso del tutto incerta l'effettiva realizzazione dell'opera. Altra considerazione, motivante la scelta della revoca, era data dalla necessità di impiegare, entro il corrente esercizio finanziario, le risorse iscritte a bilancio a titolo di finanziamento parziale dell'opera oggetto del *project*, per la realizzazione di altre opere pubbliche divenute urgenti. In caso contrario, infatti, «i relativi spazi finanziari nell'ambito dei saldi di finanza pubblica *ex patto* di stabilità resterebbero definitivamente inutilizzabili».

Il provvedimento di revoca veniva impugnato dalle imprese promotrici censurandolo sotto i profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere, chiedendo inoltre la condanna della pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale e, in via subordinata, la corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990.

Il T.A.R. Veneto pronunciava sentenza sfavorevole per i ricorrenti. Questi la impugnavano dinnanzi al Consiglio di Stato, che, con la sentenza che qui si commenta, confermain rito l'improcedibilità parziale del ricorso di primo grado, già rilevata dal giudice di prime cure, e nel merito riteneva che non fossero integrati né i presupposti per una condanna della pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale, né i presupposti per la corresponsione dell'indennizzo a titolo di ristoro dei pregiudizi economici subiti dal promotore a causa dell'intervento della pubblica amministrazione in autotutela.

Quanto al primo aspetto il Consiglio di Stato sostiene che il promotore, a valle della dichiarazione di pubblico interesse, non possa vantare alcun legittimo affidamento né posizione di vantaggio consolidata, giacché la dichiarazione di pubblico interesse costituisce un provvedimento discrezionale, non sindacabile nel merito, che non vincola la pubblica amministrazione all'aggiudicazione del progetto. Quest'ultima esercita discrezionalità incoercibile nel vagliare l'opportunità di contrattare in base al progetto proposto, giacché «anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera la valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua infatti ad essere immanente all'amministrazione e non è coercibile all'esterno». Il promotore, in altri termini, è titolare di una mera aspettativa fintanto che l'amministrazione non si determini ad affidare l'opera, solo allora esso acquisisce una posizione di vantaggio espressa dal diritto di prelazione a proprio favore.

Quanto al secondo profilo, il Consiglio di Stato non ritiene che il promotore abbia maturato alcun diritto all'indennizzo, poiché la dichiarazione di pubblico interesse non è atto ad efficacia durevole fondativo di posizioni di vantaggio stabili e di seri affidamenti.

Il collegio, inoltre, ritiene che l'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 non possa trovare applicazione per atti dei procedimenti di gara nella fase antecedente l'aggiudicazione definitiva, poiché essi sono disciplinati dalla normativa speciale del Codice dei contratti pubblici.

Nell'analisi, i due profili della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e delle conseguenze della revoca del provvedimento di dichiarazione di pubblico interesse, verranno trattati separatamente, dal momento che ad essi si riconnettono domande giudiziali distinte, come si avrà modo di esplicitare.

2. Natura, presupposti e bene giuridico protetto nell'istituto della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.

La possibilità di imputare alla pubblica amministrazione forme di responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. si può considerare un'acquisizione recente nell'ambito della contrattualistica pubblica ad opera della giurisprudenza.

Per molto tempo l'orientamento prevalente è stato nel senso di negare l'attribuzione della *culpa in contrahendo* al committente pubblico, quasi per effetto di un *self restraint* giurisprudenziale. Tale orientamento era giustificato, da un lato, da una sorta di presunzione di legittimità degli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione, dall'altro dalla volontà di circoscrivere il più possibile il sindacato sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione¹.

A partire dagli anni '60 del secolo scorso, la giurisprudenza ha progressivamente mutato orientamento. In particolare, nell'ultimo ventennio si registrano una serie di pronunce che, in modo

¹ In tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si vedano almeno le seguenti fonti, di cui ci si è avvalsi per il presente contributo, anche come valide ricognizioni dei progressivi orientamenti giurisprudenziali: E. LIUZZO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1995; P. CENDON, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2000; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; A. LIBERATI, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Milano, 2009; M. CORRADINO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 2011.

significativo, hanno incrinato la posizione della pubblica amministrazione in punto di esenzione da forme di responsabilità precontrattuale.

Il tema del disconoscimento della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in una procedura di *project financing* rappresenta uno dei due snodi decisori della sentenza che si annota, in tal senso appare opportuno tratteggiarne i connotati, così come elaborati dalla giurisprudenza, per poi valutare l'applicabilità o meno al caso di specie.

La responsabilità precontrattuale è posta a presidio della libertà di autodeterminazione negoziale delle parti di una trattativa contrattuale,² «una situazione giuridica protetta nella vita di relazione»³, la cui lesione si consuma ogniqualvolta una delle parti tenga nel corso della trattativa un comportamento contrario al canone di buona fede in senso oggettivo, prescindendo quindi dall'atteggiamento psicologico del soggetto che lo ponga in essere (cd. buona fede in senso soggettivo).

Il codice civile non offre precisazioni sugli elementi atti a concretizzare il canone della buona fede in senso oggettivo, il quale costituisce una clausola generale, che fonda il dovere di informare il proprio contegno nella vita di relazione (*sub specie*, nel caso dell'art. 1337 c.c., di interazione con la controparte contrattuale) ai principi di lealtà, correttezza e solidarietà, probità.⁴

La condotta secondo buona fede va posta in relazione anche al principio della tutela dell'apparenza, dal momento che essa è idonea ad evitare situazioni di apparenza di fatto o di diritto tali da generare un fallace convincimento nell'esito dell'attività contrattuale.

La clausola di buona fede ha perciò potenzialità recettiva di una pluralità di ipotesi di comportamento non tipizzate, la cui ricognizione è rimessa all'interpretazione giurisprudenziale in base alla concretezza del caso, giacché «i vizi della condotta si rivelano alla luce degli effetti negativi che una parte subisce a causa del mantenimento di un atteggiamento poco chiaro della controparte».⁵

La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è caratterizzata da un triplice novero di aspetti.

Dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva tutelata, la condotta della pubblica amministrazione nell'ambito delle trattative contrattuali si confronta con una posizione di diritto soggettivo del privato e non già di interesse legittimo.⁶

La seconda distinzione può essere ricondotta all'ambito della tutela giudiziale ed è sintetizzabile nella proporzione per cui l'illegittimità del provvedimento sta alla tutela costitutivo-caducatoria

² M. CORRADINO, *op. cit.*, p. 317; cfr. c.c. art. 1337, *Codice commentato Civile*, www.leggiditalia.it.

³ c.c. art. 1337, *Codice commentato Civile*, www.leggiditalia.it.

⁴ In tal senso P. CENDON, *op. cit.*, p. 68 e 69.

⁵ *Idem.*, p. 44. Si veda anche quanto afferma E. LIUZZO, *op. cit.*, p. 6: «i criteri dell'uguaglianza, della pari dignità sociale e della solidarietà umana hanno infatti avuto un ruolo decisivo nell'allargare le ipotesi di responsabilità civile, l'area della risarcibilità del danno e la nozione stessa di danno ingiusto. Ancor più tali criteri rilevano in ordine alla responsabilità precontrattuale, nell'ambito della quale i doveri di diligenza, di avviso e in generale di correttezza trovano un sicuro riscontro nel dettato costituzionale: in forza di esso si impone che, nell'autoregolamento privato degli interessi, entri in gioco il superiore interesse della collettività. Tale valutazione comparativa impone l'adozione di criteri che releghino la slealtà nel campo di ciò che non solo le parti contraenti, ma la stessa generalità, riprova come mezzo illecito per l'arricchimento ingiusto di una parte a danno della collettività stessa».

⁶ Sia la dottrina che la giurisprudenza sono soliti distinguere tra responsabilità precontrattuale cd. *pura* e responsabilità precontrattuale cd. *spuria*. Quest'ultima è connessa all'adozione di provvedimenti illegittimi che si calano nella cornice temporale delle trattative, questo è l'unico criterio di collegamento di tali provvedimenti alla fase precontrattuale, perciò, a rigore, si tratta di una responsabilità dalla quale possono derivare danni extracontrattuali per violazione di interessi legittimi. Così G. MANERA, *Commento a T.A.R. Calabria – Catanzaro, sez. II, 9 giugno 2009*, in *Danno e resp.*, 2010, 2, p. 185; A. VAPINO, *La Cassazione conferma la responsabilità precontrattuale della p.a. nella fase precedente l'aggiudicazione*, in *Urb. e app.*, 2014, 11, p. 1184.

dell'azione di annullamento come l'illiceità del comportamento sta alla tutela di condanna al risarcimento del danno inferto al diritto soggettivo.⁷

Infine, entrambe le distinzioni tratteggiate affondano le radici nel *discrimen* tra violazione di norme di condotta/comportamento e norme di validità, attenendo le prime alla disciplina dei rapporti giuridici, le seconde alla disciplina degli elementi essenziali per attribuire validità ad atti e provvedimenti.⁸

La corrispondenza tra violazione di norme di condotta e il binomio responsabilità/illiceità assottiglia le distanze che separano la p.a. dai privati con riguardo ai doveri imposti dall'ordinamento, poiché «ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia condotto da corretto amministratore, ma se si sia condotto da corretto contraente»⁹, stimolando una tendenziale parità di trattamento nelle fattispecie che mettono in relazione privato e amministrazione. Ne deriva, tra l'altro, che il sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa da una parte, e l'accertamento della responsabilità precontrattuale della p.a. dall'altra, sono reciprocamente indifferenti e autosufficienti.

La condanna della pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale può pertanto coesistere con l'accertamento che l'attività amministrativa è stata posta in essere in modo legittimo, e ciò concerne tanto l'attività amministrativa di cd. "di primo grado", quanto l'attività di secondo grado espressione di autotutela.¹⁰

Queste essendo le coordinate con le quali indagare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, in progresso di tempo la giurisprudenza si è cimentata nel tracciarne l'estensione rispetto alle attività prodromiche alla contrattazione pubblica, indagando quanta parte di esse potesse essere coperta dalla nozione di "trattative".

Inizialmente, l'istituto veniva applicato alle sole trattative che la p.a. intrattenesse *iure privatorum*, in posizione del tutto paritetica con i soggetti privati.¹¹ Ammessa poi l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. all'attività di contrattazione pubblica procedimentalizzata sulla base di norme pubblicistiche, lo spartiacque della *culpa in contrahendo* è stato per lungo tempo rappresentato dal provvedimento di

⁷ Cfr. D. IACOVELLI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, in *Giur. It.*, 2013, 7, p. 1675.

⁸ Sulla distinzione tra norme di validità e di condotta si vedano i contributi di A. DI MAJO, *Regole di validità e di comportamento nei contratti con la p.a.*, in *Corr. Giur.*, 2010, 4, 536 e ss.; R. TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento*, in *Dir. Amm.*, 2004, 209 ss. e E. QUADRI, *Responsabilità per culpa in contrahendo dell'amministrazione in caso di revoca legittima degli atti di gara*, in *Urb. e app.*, 2012, 1, p. 71 che ricapitola le efficacemente le conseguenze sul piano del giudizio della distinzione tra violazione di norme di validità e norme di condotta: «il giudizio di accertamento della legittimità degli atti adottati dall'amministrazione viaggia, infatti, su un piano diverso rispetto al giudizio di responsabilità per il comportamento dalla stessa posto in essere, come ormai chiarito dalla più attenta dottrina e giurisprudenza, potendone derivare diversi esiti in relazione alla rispettiva autonomia delle due valutazioni, perché connotate da autonomi oggetti».

⁹ M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, p. 457.

¹⁰ Si è espresso in modo inequivocabile in tal senso Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194 "la rimozione in sede di autotutela dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura vale a porre al riparo l'interesse pubblico; residua però – dopo tale rimozione caducatoria – il fatto incancellabile degli affidamenti suscitati nell'impresa e poi rimossi – omissis – nel caso di specie il Collegio ritiene che sussistano tutte le condizioni perché debba riconoscersi il diritto al risarcimento del danno"; lapalissiano anche T.A.R. Veneto, sez. I, 15 marzo 2006, n. 602: «può trovare applicazione l'art. 1337 c.c. dato che non può escludersi la possibile coesistenza tra attività provvedimentale legittima e comportamento illecito della p.a. – omissis – è vero che l'annullamento in via di autotutela è stato disposto, complessivamente, in modo legittimo – omissis – la responsabilità dell'Azienda ospedaliera è consistita, non nell'essere illegittimamente ricorso all'autotutela, quanto invece – nell'aver colposamente indotto l'impresa ricorrente a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto». In senso conforme: T.A.R. Puglia, sez. I, 8 luglio 2004, n. 4921; Cons. st., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 17 febbraio 2005, n. 1359. Sul punto della coesistenza tra attività legittima di autotutela e responsabilità precontrattuale si veda tra gli altri O.M. CAPUTO, *Ius poenitendi, aggiudicazione definitiva e determinazione dell'indennizzo*, in *Urb. e app.*, 2010, 12, 1459 ss.

¹¹ Cass. Sez. un., 12 luglio 1961, n. 1674, in *Foro it.*, 1962, I, 98.

aggiudicazione definitiva del contratto, giacchè «la responsabilità precontrattuale non è configurabile prima della scelta del contraente, nella fase in cui gli interessati non hanno la qualità di futuri contraenti, ma di soli partecipanti alla gara, (...) laddove essi vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della p.a., ma non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative» (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489)¹².

Facendosi risalire l'instaurazione di una relazione qualificata - come le trattative - al solo momento dell'aggiudicazione definitiva, l'intervallo temporale precedente era considerato una zona neutra ai fini del sindacato di correttezza e gli atti che vi ricadevano incapaci di generare affidamenti meritevoli di tutela.

Così l'aggiudicazione provvisoria era qualificata aprioristicamente come atto endoprocedimentale e interinale, meramente prodromico alla scelta di aggiudicazione definitiva, giacchè «sarebbe fisiologico che all'aggiudicazione provvisoria, naturalmente temporanea, possa non far seguito, in ragione della valutazione negativa sulla permanente utilità del contratto, l'affidamento definitivo del contratto. Ciò perché il controllo sull'aggiudicazione provvisoria è un evento del tutto fisiologico e positivamente disciplinato dalla normativa sugli appalti pubblici, inidoneo di per sé a generare qualsivoglia affidamento tutelabile, qualora difetti l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione e un obbligo risarcitorio».¹³ In tal senso, non determinandosi alcun affidamento meritevole di tutela, la giurisprudenza arrivava anche a negare l'indennizzo a fronte di una revoca legittima dell'aggiudicazione provvisoria.

La revisione critica di quest'indirizzo è stata stimolata dalla presa di coscienza che la formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione costituisce un processo unitario, a formazione progressiva, del quale fanno parte anche gli atti di natura pubblicistica emanati nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.¹⁴

Essi assumono la duplice valenza di atti espressione di poteri pubblicistici e di atti negoziali che contribuiscono alla formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, cosicché si è potuto leggere «rispettivamente nell'invito alla gara, nell'offerta del contraente e nell'aggiudicazione un mero invito ad offrire, una proposta contrattuale ed un'accettazione».¹⁵ In tal senso risulta artificioso isolare gli atti di natura amministrativa della procedura ad evidenza pubblica, ritenendoli fondativi di mere posizioni di interesse legittimo e non suscettibili di fondare pretese di correttezza e buona fede che, se disattese, possono portare alla condanna della p.a. per responsabilità precontrattuale.

Si può quindi riconoscere che la condotta precontrattuale è un insieme concettualmente più ampio degli atti singoli e puntiformi che vi concorrono, una nozione globale e onnicomprensiva che

¹² In senso conforme, per la giurisprudenza di Cassazione si veda Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313.

¹³ Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, con commento di L. CARBONE, M. D'ADAMO, *Corr. giur.*, 2010, 5, 592.

¹⁴ In, particolare, per il caso dell'aggiudicazione provvisoria, l'indirizzo più espansivo ha ritenuto inizialmente che essa possa fondare un affidamento in capo al privato, ma sulla base di un'attenta analisi delle circostanze del caso concreto. Nella sent. n. 5282 del 16 ottobre 2012, il Consiglio di Stato ha riconosciuto che l'aggiudicataria provvisoria potesse essere indennizzata dei pregiudizi economici subiti dalla revoca dell'aggiudicazione, ma perché erano intercorsi numerosi incontri tra p.a. e privato di rettifica e precisazione che avevano decisamente consolidato un affidamento del privato nell'aggiudicazione definitiva e quindi in una posizione di vantaggio stabile.

¹⁵ G. MANERA, *op. cit.*, p. 185. In punto di formazione progressiva della volontà contrattuale della p.a. si veda anche M.C. AGNELLO, *Le zone d'ombra della responsabilità precontrattuale: il rapporto tra norme di relazione e di azione nella configurabilità della culpa in contrahendo della Pubblica Amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2016, 1, 63; nonché E. QUADRI, *op. cit.*, p. 71: «con l'emissione della delibera a contrarre che si conclude con l'adozione e la pubblicazione del bando di gara la stazione appaltante si determina, infatti, ad effettuare un'offerta al pubblico (alla quale il bando di gara, come quello di concorso, vengono generalmente equiparati), cioè una proposta di contratto, subordinata alla sussistenza di determinati presupposti, rivolta ad una generalità indeterminata di soggetti che, ove contenga gli elementi essenziali del previsto contratto, non solo è vincolante per il proponente nei confronti di coloro che, essendo in possesso dei requisiti, dichiarino di accettarla, ma obbliga quest'ultimo a comportarsi con correttezza e secondo buona fede nell'attuazione della procedura concorsuale».

abbraccia tutta la fase dell'evidenza pubblica¹⁶: come se si adottasse una prospettiva panoramica, così la buona fede oggettiva si valuta in ordine all'attività precontrattuale dell'amministrazione nel suo complesso, a maggior ragione se, come si è visto, anche l'emanazione di provvedimenti legittimi, non vale ad escludere che si siano consumate, sulla base di circostanze fattuali, delle scorrettezze.

Il *revirement* viene segnato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6 del 5 settembre 2005, con la quale il supremo organo di giustizia amministrativa in punto di aggiudicazione provvisoria stabilisce che l'impresa «può dapprima confidare sulla possibilità di diventare affidataria del contratto e – ad aggiudicazione intervenuta – può confidare sulla disponibilità di un titolo che l'abilita ad accedere alla stipula del contratto stesso».¹⁷

A questo indirizzo si conforma anche la giurisprudenza di legittimità, da ultimo sostenendo che «la disciplina della *culpa in contrahendo* non necessita di un rapporto personalizzato fra p.a. e privato, ma è posta a tutela del legittimo affidamento alla correttezza della controparte, che sorge sin dall'inizio del procedimento».¹⁸

3. La violazione della buona fede come elemento qualificante della responsabilità precontrattuale della p.a. e la sua assenza nel caso di specie. La progressiva estensione della nozione di trattativa a tutti gli atti dell'evidenza pubblica, ha comportato contestualmente l'estensione del sindacato sulla *culpa in contrahendo* della p.a.

Al riguardo è significativa la decisione del 4 maggio 2018 n.5 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, al quale stabilisce che la buona fede deve essere osservata nell'ambito di qualsiasi situazione relazionale qualificata, fonte di ragionevoli affidamenti e fondate aspettative. Ciò vale ad escludere che, nell'ambito della contrattazione pubblica, simili affidamenti si possano produrre solo all'esito dell'aggiudicazione definitiva: il principio di correttezza si deve piuttosto applicare tanto a comportamenti anteriori alla pubblicazione del bando (per esempio allorchè sia pubblicato a spregio del fatto che fosse conosciuta o conoscibile la carenza dei suoi presupposti indefettibili), quanto a comportamenti posteriori.

A prescindere dalla collocazione temporale, dunque, ricorre scorrettezza ogniqualvolta si disegni «un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza (...) una responsabilità da comportamento illecito, che spesso non si traduce in comportamenti illegittimi ma, per molti versi, presuppone la legittimità dei provvedimenti che scandiscono la parabola procedurale».¹⁹

Grazie all'intenso richiamo ai doveri di solidarietà sociale, la pronuncia dell'Adunanza plenaria suggella la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, confermando l'orientamento affermatosi sulla base di numerosi orientamenti giurisprudenziali succedutisi, per la cui disamina non vi è spazio in questa sede.²⁰

¹⁶ cfr. M.C. AGNELLO, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, nello stesso senso T.A.R. Calabria, sez. 2, 9 giugno 2009.

¹⁸ A. VAPINO, *op. cit.*, p. 1186, a commento di Cass., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15260, pronuncia con cui il giudice di legittimità aderisce al nuovo indirizzo della giurisprudenza amministrativa sulla formazione progressiva della volontà contrattuale della pubblica amministrazione per cui «*si è in presenza di un'unica serie di atti operanti in una duplice dimensione, pubblicistica a privatistica, il che consente di concludere che la fase dell'evidenza pubblica non si colloca al di fuori delle trattative, ma ne costituisce parte integrante*».

¹⁹ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

²⁰ Si vedano *ex multis* come esempi di tale indirizzo Cass., sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056; Cass., sez. I, 17 febbraio 2009, n. 3773; Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724; Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024. Le posizioni dottrinali e giurisprudenziali alternative replicano invero i termini del più ampio dibattito sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione in generale. Un filone giurisprudenziale e alcuni autori sostengono la riconducibilità della responsabilità precontrattuale nel modello della responsabilità contrattuale, in forza del contatto sociale qualificato che si instaura tra le parti delle trattative e che gli obbliga ad adempiere a delle reciproche obbligazioni senza prestazione di natura protettiva; un diverso filone interpretativo struttura la responsabilità

Una simile ricostruzione ha ricadute sull'onere della prova che incombe sul danneggiato, il quale, secondo il modello dell'art. 2043 c.c., è tenuto ad allegare l'esistenza di un evento dannoso legato da nesso di causalità ad una condotta (omissiva o commissiva) tenuta dalla pubblica amministrazione e posta in essere con dolo o colpa. In tal senso, l'Adunanza plenaria n. 5 del 2018 si rivela illuminante quanto alla ricostruzione dell'onere probatorio che deve essere soddisfatto dal privato per la condanna della p.a. per responsabilità precontrattuale²¹. In altri termini, a seguito dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018, se, ai fini del riconoscimento della responsabilità precontrattuale, è divenuto elastico il parametro del *quando*, permane la rigidità del *quomodo*: non può sussistere responsabilità precontrattuale dell'amministrazione se non emerga un comportamento contrario a buona fede, senza che la legittimità dell'azione amministrativa interferisca in alcun modo con questa valutazione.

Per scrutinare l'applicazione dell'art. 1337 c.c. al caso deciso con la sentenza che si commenta è necessario chiedersi quali fattispecie possano integrare la violazione dello *standard* di comportamento della p.a. informato a buona fede e, per conseguenza, un tradimento dell'affidamento del privato.

La giurisprudenza più risalente acclude tra tali ipotesi: il recesso privo di giusta causa che intervenga tra l'aggiudicazione e l'approvazione del contratto dall'organo di controllo (Cass., 28 settembre 1968, n. 3008, in FI, 1969, I, 970); la richiesta di esecuzione del contratto in pendenza di sua approvazione (Cass., 17 novembre 1978, n. 5328, in GC, 1979, I, 33); il doloso o colposo impedimento dell'attività di controllo e di approvazione di un contratto già concluso.²²

In progresso di tempo, è emersa una nutrita casistica in punto di trasgressione della diligenza specifica che si richiede a un buon amministratore, riconnessa specialmente alla prevedibilità o

precontrattuale della pubblica amministrazione come un *tertium genus* distinto rispetto alle forme di responsabilità cristallizzate nel codice civile. Si rinvia per una più esauriente disamina degli indirizzi giurisprudenziali a M. CORRADINO, *op. cit.*, 27 e ss., nonché si si veda per una efficace trattazione dell'ipotesi di responsabilità da contatto sociale per violazione dell'art. 1173 c.c., V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della p.a. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e resp.*, 2016, 1051; M.S. FORTE, *Quale responsabilità della P.A. che ricerca il contraente, nella fase precedente la stipula del contratto?*, in *Corr. Giur.*, 2014, 5, 656 e ss. La correttezza e la buona fede oggettiva rappresentano principi generali di comportamento che si impongono a tutti i consociati anche a prescindere da un rapporto contrattuale in essere o in divenire e, pertanto, sono espressione del precetto del *neminem laedere*.

²¹ Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 51: «*a tal fine, è opportuno precisare che affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose). Oltre alla puntuale verifica dell'esistenza dell'affidamento incolpevole, occorrono gli ulteriori seguenti presupposti:*

a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;

b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis legge n. 241 del 1990, che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto che l'inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio;

c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'amministrazione. Occorre, dunque, che dimostri che il comportamento scorretto dell'amministrazione ha rappresentato, secondo la logica civilistica del "più probabile che non", la condicio sine qua non della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento. In altri termini, il privato deve fornire la prova che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l'amministrazione si fosse comportata correttamente. 52. La necessità di definire e accertare con rigore tali elementi costitutivi trova riscontro nella considerazione che il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela».

²² Si veda E. LIUZZO, *op. cit.*, 103 e ss.

conoscibilità di cause ostative al perfezionamento del futuro contratto e quindi idonee a precluderne *ab origine* o interromperne *in medias res* il procedimento di formazione.

Si è sostenuto, ad esempio, che la libertà di autodeterminazione negoziale dell'aggiudicatario di una concessione è vulnerata dalla p.a. che abbia originariamente indetto la gara omettendo di verificare la condizione giuridica dell'area dove questa avrebbe dovuto insistere (soggetta a provvedimenti di vincolo che impedivano la fattibilità tecnica dell'opera).²³

La buona fede è violata poi nelle ipotesi in cui la p.a. emani provvedimenti ablatori del tutto noncurante che il trascorrere del tempo è un fattore che consolida l'affidamento del privato.

Il fattore temporale rileva poi in modo specifico ai fini del corretto adempimento di ulteriori obblighi che concretizzano il comportamento secondo buona fede, ossia gli obblighi informativi, che si traducono nel «rendere al partecipante alla gara in modo tempestivo le informazioni necessarie a salvaguardare la sua posizione, su eventi, o sulla rinnovata valutazione dell'interesse pubblico alla gara, che possano far ipotizzare fondatamente la revoca dei relativi atti, in modo da impedire che si consolidi un pericoloso affidamento sulla, invece incerta, conclusione del procedimento, affidamento che deve ritenersi tanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara».²⁴

Pertanto, la p.a. è tenuta a fare attenzione a non procrastinare per mera inerzia l'informazione su giuste cause che precludano la conclusione del contratto pubblico, incoraggiando senza utilità l'affidamento del privato a causa dell'avanzamento significativo della procedura di gara.²⁵

Gli obblighi informativi rispondono poi al più ampio principio di trasparenza e chiarezza di cui è espressione l'obbligo di *clare loqui* e di informare la controparte contrattuale sull'esistenza di cause di inefficacia o invalidità del contratto, (per esempio la mancata approvazione del contratto da parte dell'organo di controllo). In caso contrario, la p.a. può versare in mala fede se il privato provi la propria ignoranza scusabile e incolpevole delle norme di legge che sancivano il vizio o l'irregolarità del contratto stesso.²⁶

La valutazione da parte del giudice sul rispetto di doveri e obblighi di protezione diviene più intensa con l'aggiudicazione definitiva. Ad esempio, è stata riconosciuta la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione che, dopo aver rinunciato al finanziamento per la realizzazione di lavori pubblici già affidati, non si fosse curata di trovare soluzioni di finanziamento alternative.²⁷ Con riferimento specifico al *project financing* è stato riconosciuto che il giudice è legittimato a valutare comportamenti scorretti o contrari a buona fede da parte della pubblica amministrazione.²⁸

Alla luce dei profili fin qui descritti, nella sentenza che si annota risulta condivisibile la decisione del Consiglio di Stato che, confermando la sentenza di primo grado, esclude la condanna della pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale: non ricorrono i presupposti per imputare all'amministrazione la *culpa in contrahendo*.

Il provvedimento amministrativo in autotutela che arresta il procedimento di formazione progressiva della volontà negoziale dell'amministrazione non è ritenuto condizione sufficiente per fondare la pretesa di risarcimento del danno *ex art 1337 c.c.*

²³ T.A.R. Calabria, sez. II, 9 giugno 2009.

²⁴ Cons. St., sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002.

²⁵ T.A.R. Calabria, sez. II, 9 giugno 2009.

²⁶ Cfr. Cass., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636: «l'amministrazione ha l'obbligo di comportarsi secondo buona fede (artt. 1337 e 1338 c.c.), cioè di tenere informato l'altro contraente delle vicende attinenti al procedimento di controllo – omissis – l'amministrazione è quindi responsabile qualora, avendo preteso l'anticipata esecuzione della prestazione, abbia accettato il rischio del successivo mancato avveramento della condizione di efficacia del contratto a causa della mancata registrazione del decreto di approvazione, in tal modo frustrando il legittimo e ragionevole affidamento del privato nella eseguibilità del contratto».

²⁷ Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633.

²⁸ T.A.R. Liguria, sez. II, 12 novembre 2010, n. 10360; T.A.R. Campania, sez. I, 4 marzo 2013, n. 1233; Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8854.

A tal fine, è condizione indefettibile la presenza di un comportamento scorretto della pubblica amministrazione idoneo a vulnerare il bene della vita protetto, che si ritiene di poter compendiare nell'espressione «affidamento rispetto ad un comportamento di buona fede della controparte tale da tutelare la propria libertà di autodeterminazione negoziale», *genus* di cui è *species* la più restrittiva interpretazione secondo la quale il bene della vita sarebbe «affidamento ad una condotta di buona fede per la positiva conclusione del contratto».

Prescindendo dalla questione se una dichiarazione di pubblico interesse possa ingenerare nel promotore un affidamento meritevole di tutela (ulteriore presupposto perché insorga responsabilità precontrattuale), aspetto che si tratterà in seguito perché rilevante anche ai fini dell'eventuale indennizzabilità della revoca, ci si concentra ora sul punto della correttezza.

Con riferimento al caso in esame risulta non provata la condotta negligente della pubblica amministrazione. Secondo i giudici appare che essa abbia piuttosto adempiuto ai fondamentali obblighi che sostanziano una condotta secondo buona fede. In particolare, la delibera con la quale il comune aveva dichiarato il pubblico interesse dell'opera proposta dal raggruppamento di imprese risponde in primo luogo al principio di chiarezza e del *clare loqui*, giacché in essa venivano enunciate le condizioni al cui avverarsi era subordinato il prosieguo della procedura. Si consumava così lo spazio di un qualsiasi incolpevole affidamento, poiché il promotore così come gli altri operatori che avessero voluto partecipare alla gara erano a conoscenza delle cause che avrebbero arrestato la procedura.²⁹

Non solo. L'amministrazione, all'occorrere di una causa che poteva compromettere il perfezionarsi di una delle suddette condizioni, si è dimostrata diligente nell'ottemperare agli obblighi informativi che integrano un comportamento di buona fede. Infatti, pubblicato il bando, essa ha notiziato per pubblici proclami il promotore del fatto che sia la delibera dichiarativa del pubblico interesse dell'opera, sia la delibera con cui si era approvata la variante urbanistica, erano state impugnate al T.A.R., per mano di associazioni ambientaliste, e su di esse pendeva un giudizio di annullamento. Di qui la necessaria sospensione del termine per la presentazione delle offerte fino alla decisione del giudizio *de quo*.

Assolvendo a tale onere informativo, l'amministrazione ha tempestivamente allertato i privati, salvaguardandone la posizione e la libertà contrattuale. Costoro, infatti, appresa la notizia e valutati i rischi di arresto definitivo della procedura, avrebbero potuto rivolgersi ad altri affari, evitando l'ingenerarsi o l'eventuale consolidarsi di inutili ulteriori affidamenti.³⁰

²⁹ Si trattava nello specifico di a) approvazione da parte del Consiglio comunale della variante urbanistica di cui sopra, b) monitoraggio delle acque di falda nelle aree interessate dalla proposta di project financing, al fine di accertare gli eventuali inquinamenti esistenti, c) acquisizione dell'autorizzazione della Direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici del Veneto orientale d) acquisizione del parere favorevole dell'Anac.

³⁰ Si apprezza la differenza del caso di specie rispetto ad ipotesi in cui l'amministrazione si è dimostrata scorretta, di cui si possono fornire vari esempi. In T.A.R. Sicilia, sez. IV, 2 settembre 2014, n. 2248, il tribunale condannava per responsabilità precontrattuale l'amministrazione che aveva indotto un'impresa a predisporre un progetto nell'ambito di una procedura di *project financing* ad iniziativa pubblica, dichiarandolo di pubblico interesse e indicando la gara a licitazione privata, preesistendo delle irregolarità e illegittimità della procedura che erano conosciute, conoscibili e non doverosamente valutate. In Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 680, il collegio ravvisava un comportamento negligente fondativo di responsabilità precontrattuale nell'aver ritirato tutti gli atti di gara di una procedura di *project financing* già giunta alla aggiudicazione, dopo aver ravvisato di aver scelto un modulo di selezione dei concorrenti inappropriato per l'interesse pubblico. Si era chiaramente indotto un affidamento alla positiva conclusione del contratto poi frustrato da un evidente comportamento scorretto. Ancora sull'insussistenza di responsabilità precontrattuale in materia di *project financing* per comportamento in concreto incolpevole della p.a. si veda Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2017, n. 207: «al riguardo, va rammentato come la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato che la p.a. non può essere condannata a risarcire il danno nemmeno per responsabilità precontrattuale, atteso che nessuna violazione del dovere di correttezza negoziale è dato di ravvisare nel comportamento dell'Amministrazione nel caso in cui non abbia mai dato luogo al minimo affidamento sul consolidamento di una posizione precontrattuale riconducibile a quella tipica del promotore (Cons. Stato, III, 20 marzo 2014, n. 1365, cit.). Pertanto non appare fondata la prima doglianza delle appellanti. 7.2. Quanto alla seconda censura, e indipendentemente da ogni carattere già dirimente di quanto appena considerato, la stessa non appare avere autonomo fondamento, non risultando comunque rinvenibile un

Un'altra considerazione va fatta sulla circostanza che le ricorrenti non abbiano sufficientemente comprovato la condotta dolosa o colposa dell'amministrazione. Al riguardo, va detto che gli oneri probatori riguardanti l'elemento soggettivo o psicologico dell'illecito compiuto dalla pubblica amministrazione sono oggetto di *vexata quaestio* sia dottrina che e in giurisprudenza, soprattutto a seguito di una serie di decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che colorano in senso oggettivo la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.³¹ In ambito nazionale, l'orientamento comunitario, per quanto vincolante, sfuma nelle interpretazioni dei giudici al punto che la pretesa attorea, che si fonda sul colpa dell'amministrazione, è assistita dall'usuale onere probatorio.

Nel caso di specie, le imprese ricorrenti avrebbero dovuto allegare elementi indiziari presuntivi della condotta colposa dell'amministrazione, consistenti nella violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, residuando in capo all'amministrazione l'ipotesi di provare l'esistenza di errori (scusabili) o elementi a sostegno della conformità della propria azione ai canoni summenzionati.³²

I giudici del Consiglio di Stato rigettano anche l'istanza risarcitoria, viziata sotto il profilo della genericità delle prove e della quantificazione del danno.

Quanto al danno risarcibile, in caso di responsabilità precontrattuale accertata, l'amministrazione è tenuta al ristoro del solo interesse negativo nelle due componenti del danno emergente (spese sostenute dal privato per partecipare alla gara) e del lucro cessante (mancati guadagni dovuti alle occasioni contrattuali perdute a causa di trattative affidanti *inutiliter* svolte, perchè non sfociate nella conclusione del contratto a causa di una scorrettezza imputabile alla controparte), potendosi a queste voci cumulare anche il cd. danno curriculare.³³

Il lucro cessante, in particolare, si identifica con la perdita di *chance*, cioè di una occasione favorevole rispetto alla quale si hanno consistenti possibilità di successo, ma nel suo apprezzamento la giurisprudenza usa particolare rigore.

Il Consiglio di Stato ha chiarito, innanzitutto, la sua natura di danno attuale (e non futuro), consistente nella lesione della possibilità di conseguire un risultato utile determinata tanto da responsabilità contrattuale quanto da responsabilità extracontrattuale. In particolare, la probabilità di successo assurge a bene della vita meritevole di tutela giuridica solo se venga dimostrato che essa ricorreva nella misura superiore al 50%.³⁴ Ciò vale a distinguerla da una mera possibilità di conseguire l'utilità sperata non significativa (*chance* irrisarcibile), secondo un giudizio prognostico basato sull'*id quod plerumque accidit* e sugli elementi di fatto allegati in giudizio.³⁵

Un orientamento meno rigoroso, pur non richiedendo la dimostrazione della probabilità statistica del 50%, considera sufficiente la dimostrazione di una possibilità di successo che sia pur sempre seria e ragionevole.³⁶ Peraltro, secondo il giudice amministrativo, l'intensità e la profondità del sindacato giudiziale sono modulate sulla natura dell'attività amministrativa che ha cagionato la perdita di *chance*.

comportamento colpevole in capo all'amministrazione. Anche cioè a tutto concedere circa la configurabilità di un quadro che leghi l'Amministrazione ai doveri precontrattuali, la condotta complessiva di questa appare in concreto incolpevole».

³¹ CGUE, 14 ottobre 2004, causa C-275/03, *Commissione c. Repubblica Portoghese*; CGUE, 30 settembre 2010, causa C-314/09, *Graz Stadt*.

³² Si rinvia per un compiuto esame dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di colpa della pubblica amministrazione a M. CORRADINO, *op. cit.*, 67 e ss.

³³ In tal senso Cass., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12313 e il commento di F. SALERNO, *Nota sulla configurabilità della culpa in contrahendo della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 2006, 7, 1391; Cons. St., sez. IV, 7 febbraio 2012, con il commento di G. GIOIA, *Revoca dell'aggiudicazione di una gara d'appalto per nuova valutazione dell'interesse pubblico e determinazione del quantum*, in *Dann. e resp.*, 2012, 4, 456.

³⁴ Cons. St., sez. IV, 7 febbraio 2002, n. 686

³⁵ T.A.R. Venezia, sez. III, 9 maggio 2007, n. 1457.

³⁶ Cons. St., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1622.

A fronte di un'attività vincolata, l'apprezzamento del giudice sarebbe più penetrante, mentre il margine di apprezzamento probabilistico si ridurrebbe notevolmente, sul modello del sindacato estrinseco, a fronte di attività discrezionale, dovendosi riconoscere la *chance* solo a fronte di una approssimazione notevole al bene della vita.³⁷ Con riferimento al caso di specie, emerge la carenza di prova da parte dell'appellante di una perdita di *chance* nei termini indicati.

4. Il rapporto tra esercizio del potere di revoca in autotutela del provvedimento amministrativo e gli affidamenti dei soggetti privati. Nel caso che si commenta, la dichiarazione di pubblico interesse è stata colpita da revoca, estrinsecazione del "privilegio" della pubblica amministrazione rappresentato dal potere di autotutela.³⁸ Al riguardo, appare utile ricordare i caratteri di questo istituto e le tutele che lo circondano.

Secondo l'insegnamento di Benvenuti, quelli di autotutela sono provvedimenti di secondo grado, con i quali l'amministrazione provvede a «risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese», non in una prospettiva di terzietà e imparzialità, bensì di perdurante funzionalizzazione al soddisfacimento dell'interesse soggettivo della pubblica amministrazione.³⁹

La revoca, che priva di efficacia *ex nunc* un provvedimento di primo grado inopportuno, affetto cioè da vizi di merito e non già di legittimità,⁴⁰ è esercizio di un potere di autotutela decisoria e spontanea, poiché non dovuto né coercibile, bensì dipendente da valutazioni ampiamente discrezionali della p.a.⁴¹

I presupposti e i connotati della revoca, elaborati dapprima in via pretoria, sono stati positivizzati da ultimo nell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990,⁴² che stabilisce quella che la giustizia

³⁷ Così Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323: «*gli esiti di tale prognosi, infatti, si diversificano a seconda che il conseguimento della posizione di vantaggio, verso cui è teologicamente orientata la chance, sia correlato ad un'attività vincolata, tecnico-discrezionale o discrezionale pura. Nelle prime due ipotesi il Giudice può, essendo la valutazione dell'amministrazione ancorata a parametri precisi e vincolanti, "sostituirsi" ad essa. – omissis – Contrariamente, ove sia riconosciuta, in capo all'amministrazione, una potestà di natura discrezionale, tanto maggiori saranno i margini di valutazione rimessi alla pubblica amministrazione, tanto maggiore sarà l'alterazione del giudizio probabilistico, il quale in presenza di parametri valutativi elastici e insindacabili, se non nei termini ristretti ed estrinseci della logicità e della ragionevolezza, dovrà inevitabilmente rinunciare a riconoscere la sussistenza di un apprezzabile probabilità di esito positivo e, dunque, di una chance risarcibile, onde evitare un'inammissibile e problematica surrogazione dell'autorità giudiziaria nei poteri dell'amministrazione. In altri termini la discrezionalità amministrativa elide, nella maggior parte dei casi, la possibilità di compiere il giudizio prognostico in parola nei termini di preciso calcolo percentuale ma non esclude di poter riconoscere una perdita di chance, nella base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente».*

³⁸ Così sostiene la tesi oggi maggioritaria, per la quale, appunto, la revoca è espressione di autotutela amministrativa, si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014, p. 1433.

³⁹ In tal senso F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959, IV, *iusexplorer.it*.

⁴⁰ Criterio di distinzione rispetto all'annullamento d'ufficio che è prevalso in dottrina e giurisprudenza. Sul criterio del vizio originario o sopravvenuto, cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1435.

⁴¹ In punto di considerazione prioritaria del pubblico interesse si veda ancora F. BENVENUTI, *op. cit.*: «*non va infatti dimenticato che l'autotutela è sempre in funzione dell'interesse dell'amministrazione e a questa spetta di valutare, caso per caso, e quindi con valutazione ampiamente discrezionale, la prevalenza dell'interesse particolare soddisfatto dall'atto invalido, quella dell'interesse particolare che sarebbe soddisfatto dall'atto di autotutela o quella dell'interesse generale alla rimozione del conflitto potenziale [...] In altre parole cioè, si viene a dire che anche l'atto di autotutela deve essere giustificato dalla soddisfazione di un particolare interesse, diverso sia da quello dell'atto che ne è oggetto, sia da quello che attiene più genericamente all'amministrazione, e che ne costituisce infatti la causa propria».*

⁴² L. n. 241 del 1990, art. 21-*quinquies*. (Revoca del provvedimento): «*1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di 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, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. 1-bis. Ove la revoca di un atto*

amministrativa ha qualificato “nozione ampia di revoca”,⁴³ comprendente sia ipotesi di sopravvenienze, sia l’ipotesi del cd. *ius poenitendi*.⁴⁴

Nella revoca è insita un’idea di cura dell’interesse pubblico che si riconnette al principio dell’inesauribilità e della continuità del potere amministrativo,⁴⁵ e ciò la avvicina, pur essendo prevalsa le tesi della non assimilabilità, agli atti di amministrazione attiva.⁴⁶

La rispondenza dell’istituto ai principi di buon andamento e di adeguatezza dell’azione amministrativa è stata individuata sin dai contributi dottrinali più risalenti.

La revoca dei provvedimenti, infatti, garantisce la conformità “punto per punto” dell’azione amministrativa ad un interesse pubblico necessariamente in divenire nel suo interagire con il fattore temporale, pretendendo, perciò, una verifica “attualizzata” dell’opportunità dell’assetto di interessi recepito dal provvedimento di primo grado.⁴⁷ In tal senso, si ritiene tuttora valida l’indicazione della dottrina *ante* l. n. 241 del 1990, secondo la quale nel potere di revoca assume un ruolo centrale l’affermazione dell’interesse pubblico, a cui si assegna una chiara, seppur non assoluta, preminenza: «nella revoca l’interesse pubblico assume un ruolo esclusivo, non si combina con il vizio per concorrere a determinare la fattispecie ma è l’unico elemento necessario per dar luogo all’istituto della revoca. Con la revoca, l’interesse pubblico viene direttamente affermato e non deve tener conto di una struttura procedimentale viziata».⁴⁸

Quanto agli atti suscettibili di revoca, il dettato dell’art. 21-*quinquies* indica esplicitamente gli atti ad efficacia durevole, i cui effetti, disponibili per la pubblica amministrazione si rinnovano *die in die*.⁴⁹ Tra gli atti revocabili si annoverano poi gli atti negoziali ad efficacia istantanea e in generale a tutti gli atti delle procedure ad evidenza pubblica, rispetto a cui la giurisprudenza maggioritaria ammette oggi *de plano* l’esercizio di autotutela.⁵⁰

Nonostante la preminente considerazione dell’interesse pubblico che, come si è detto, connota l’esercizio del potere di revoca, esso può invontrare un limite nella tutela di posizioni di vantaggio legittimamente acquisite dai privati in virtù, da una parte, del principio di tutela dell’affidamento (inteso come fiducia non colposa che i privati ripongono nella stabilità delle decisioni

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».

⁴³ così *ex multis* Cons. St., sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244.

⁴⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244; Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7344; Cons. St., sez. III, 16 ottobre 2010, n. 5282; R. CHIEPPA, *I provvedimenti di secondo grado*, in *Enciclopedia del diritto*, 2008, annali II-2, *iusexplorer.it*.

⁴⁵ In punto di relazione tra revoca e principio della continuità dell’azione amministrativa si vedano G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l’autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 5; nonché M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999, p. 161; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, p. 22.

⁴⁶ Così F. CARINGELLA, *op cit.*, p. 1432.

⁴⁷ si veda M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 162 e A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, p. 145.

⁴⁸ A. CONTIERI, *op. cit.*, p. 144.

⁴⁹ In tal senso *Idem.*, p. 164 e 165. Si tratta segnatamente di atti definibili in negativo in contrapposizione a atti ad efficacia istantanea (revocabili solo se incidenti su rapporti negoziali), atti che abbiano esaurito i loro effetti, gli atti endoprocedimentali con effetti interinali destinati ad essere assorbiti dal provvedimento finale;⁴⁹ e in positivo come i provvedimenti definitivi che instaurano un “rapporto tendenzialmente stabile tra cittadino e amministrazione [...] in tali casi, che possono considerarsi rientranti nell’ampia categoria dei rapporti di durata [...] la posizione del soggetto direttamente investito dal riesame assume una qualificazione peculiarmente rilevante in virtù del suo consolidamento”; sul rapporto di durata si veda anche Cons. St., sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554.

⁵⁰ Si vedano *ex multis* Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1054; Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2418; Cons. St., sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748; Cons. St., sez. V, 9 marzo 2015, n. 1203.

amministrative), dall'altra, del grado di consolidamento delle utilità che sono discese in capo ai privati dagli atti amministrativi ad efficacia durevole.⁵¹

Nello specifico, il vantaggio prospettato dai privati dovrebbe essere «chiaro, certo, univoco, non possibile, non opaco [...] attribuito in modo chiaro e univoco da un provvedimento espresso ed efficace».⁵² Pertanto, soltanto l'interesse del cittadino alla conservazione di una posizione qualificata è suscettibile di comparazione con quello all'adeguatezza dell'azione amministrativa rispetto al pubblico interesse.⁵³ Sull'esito di tale comparazione può incidere significativamente il fattore "tempo", il cui scorrere consolida l'utilità del privato e dimidia, parallelamente, il potere di revoca.⁵⁴

Ora, la valutazione dell'attualità del pubblico interesse e degli affidamenti ingenerati nei privati, trovano sintesi nella motivazione del provvedimento, oggetto su cui si concentra il sindacato del giudice amministrativo sulla legittimità della revoca.⁵⁵ Al riguardo, si deve usare particolare cautela nel prendere in considerazione gli interessi privati: il dettato dell'art. 21-*quinquies*, a differenza dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, infatti, non indica in modo espresso, tra i presupposti legittimanti l'esercizio della revoca, la comparazione con gli interessi dei privati. Per questo, chi scrive ritiene che la comunicazione di avvio del procedimento non costituisca presupposto indefettibile per la legittimità della revoca⁵⁶ e che spetti all'amministrazione considerare se, in concreto, vi siano posizioni consolidate di vantaggio in capo ai privati, meritevoli di apprezzamento, e questo a maggior ragione se si considera che la pubblica amministrazione può in ogni caso esonerarsi da responsabilità per atto illegittimo ottemperando all'onere della prova di cui

⁵¹ I connotati succitati della posizione di vantaggio del privato trovano conferma in plurimi riferimenti in dottrina, si vedano infatti in tal senso M. IMMORDINO, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 7-8, 2792; G. GIOIA, *Revoca dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, nuova valutazione dell'interesse pubblico e determinazione del quantum*, in *Dann. e resp.*, 2012, 4, 455; M. BALDI, S. FASANO, *Il rischio d'impresa nelle operazioni di project financing*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 807; F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1458. L'attenzione alla tutela delle posizioni favorevoli per i privati è peraltro un aspetto a cui ha dato forte impulso da ultimo la riforma Madia, si veda R. CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la Riforma Madia e il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 11: «con la riforma Madia c'è stata un'accentuazione dei profili di garanzia dei privati verso l'esercizio del potere pubblico [...] ciò si è tradotto in una particolare attenzione della riforma ai profili dell'affidamento dei privati rispetto ad assetti provvedimentali, documentali o fattuali che si sono consolidati nel corso del tempo».

⁵² F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela, la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2008, 1, p. 426.

⁵³ M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 181; si veda anche quanto ricorda R. CIFARELLI, *op. cit.*, p. 42: «è opportuno precisare, in via preliminare, che il potere di autotutela della stazione appaltante deve riferirsi a provvedimenti definitivi dell'amministrazione, capaci di ingenerare un affidamento qualificato».

⁵⁴ Sul ruolo del tempo come limite al potere di revoca si veda quanto afferma A. CONTIERI, *op. cit.*, p. 146: «limiti (al potere di revoca ndr.) ritenuti ancor più significativi allorché sia trascorso un lungo periodo di tempo dall'emanazione dell'atto da revocare o quando quest'ultimo abbia sollecitato e consentito l'esercizio da parte del privato di un'attività, per il cui svolgimento egli ha confidato nella stabilità della situazione determinata dalla pubblica amministrazione».

⁵⁵ In tal senso A. CARAPPELLUCCI, *Project financing e legittimo affidamento del proponente*, in *Urb. e app.*, 2010, 3, 351; G. GIOIA, *op. cit.*, p. 455. Sulla consistenza della motivazione si veda T.A.R. Lazio, Sez. II bis, 25 ottobre 2017, n. 10695: «a giudizio del Collegio, deve essere confermato, in linea di principio, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, per cui (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 08 luglio 2014 n. 7229) l'esercizio del potere di revoca in autotutela della procedura di project financing richiede, a fronte del legittimo affidamento eventualmente ingeneratosi nel privato, che siano rese effettive le garanzie procedurali, che venga fornita una adeguata motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico che giustificano la differente determinazione dell'Amministrazione e che, conseguentemente, sia del tutto trasparente e chiaramente percepibile la valutazione operata. D'altra parte, deve essere ritenuto che il giudizio sulla congruità della motivazione debba tener conto dello stato di avanzamento della procedura, essendo necessaria una giustificazione più approfondita, sorretta da una adeguata istruttoria, solo qualora la procedura di project financing sia giunta alla fase di espletamento della gara o, addirittura, la gara si sia conclusa e sia iniziata la fase negoziale coinvolgente il promotore finanziario e le imprese prime classificate nella procedura di selezione».

⁵⁶ Diversamente argomenta M. IMMORDINO, *L'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca*, *op. cit.*, p. 2792 e 2793. In senso contrario invece si esprime F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1455: «la comunicazione di avvio del procedimento si deve fare solo quando ha una qualche utilità per l'azione amministrativa».

all'art. 21-*octies*, cioè provando che il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso anche in presenza di partecipazione procedimentale dei controinteressati (oppure provando il raggiungimento dello scopo normativo).

Di fatto, l'affidamento è parametro per la valutazione dell'indennizzo, ma non può essere un motivo di ostacolo all'esercizio del potere di revoca, proprio l'art. 21-*quinquies* fa transitare la tutela dell'affidamento sull'indennizzo⁵⁷.

Nel caso di specie, la revoca risultava legittima soprattutto in virtù della motivazione basata su elementi finanziari e di bilancio, ragion per la quale l'amministrazione avrebbe verosimilmente soddisfatto l'onere di provare che il contenuto del provvedimento non sarebbe mutato anche in caso di apporti partecipativi dei privati.

Nel caso in cui, al netto dello scrutinio sulla motivazione, la revoca risulti essere legittima, può residuare in capo all'amministrazione solo una responsabilità oggettiva da fatto lecito, che fonda il diritto del privato a essere indennizzato dei pregiudizi economici sofferti dal ritiro di un provvedimento che gli aveva recato una utilità nella cui stabilità egli confidava.⁵⁸

L'indennizzo, in quanto «codificazione del principio che l'affidamento del privato negli atti dell'amministrazione non possa essere sacrificato 'a costo zero' da parte della stessa amministrazione»,⁵⁹ risponde quindi a ragioni equitative e di riequilibrio economico tra le posizioni delle parti. Esso è limitato al danno emergente, non copre quindi il lucro cessante.

Il ristoro dell'intera lesione patrimoniale si può ottenere, infatti, solo se la revoca è illegittima o se alla revoca legittima si accompagnano i presupposti della *culpa in contrahendo* che ha leso la libertà negoziale del soggetto. Da questa ricostruzione deriva che la domanda di indennizzo e di risarcimento del danno sono cumulabili in giudizio, divergendo nei rispettivi presupposti (l'indennizzo non richiede la prova dell'elemento soggettivo e della illiceità della condotta),⁶⁰

5. La natura della dichiarazione di pubblico interesse nel *project financing* e la declinazione delle posizioni private rispetto alla sua revoca. Ci si chiede, a questo punto, se la dichiarazione di pubblico interesse di un'opera nell'ambito di una procedura di *project financing* sollecitata dal promotore, possa considerarsi atto ad efficacia durevole idoneo a fondare in capo allo stesso un affidamento qualificato rispetto ad una posizione di vantaggio che possa stabilizzarsi nel tempo, con possibilità quindi di indennizzo in caso di revoca del provvedimento.

La risposta va inquadrata facendo riferimento agli elementi fattuali che la caratterizzano: *project financing* ad iniziativa privata, concernente la presentazione di proposte per la realizzazione in concessione di lavori non presenti nella programmazione dell'amministrazione. Si tratta della finanza di progetto cd. "propositiva", nella quale il privato promuove effettivamente e direttamente l'interesse pubblico, poiché la sua iniziativa si inserisce nella fase della programmazione delle opere pubbliche, contribuendo all'emersione di interessi non preventivamente selezionati dall'amministrazione.

⁵⁷ F. CARINGELLA, *Idem.*, p. 1449.

⁵⁸ Si tratta di un principio del tutto pacifico e condiviso per cui si veda a titolo meramente esemplificativo in dottrina P. TONNARA, *Indennizzo in caso di revoca del provvedimento: la condanna sui criteri*, in *Urb. e app.*, 2018, 2, 164; QUADRI E., *op. cit.*, p. 72.

⁵⁹ R. CHIEPPA, *op. cit.*, iusexplorer.it.

⁶⁰ Cfr. Cons. St., sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662; Cons. St., sez. V, 21 maggio 2015, n. 2013; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797. Si vedano per il rapporto tra risarcimento e indennizzo O.M. CAPUTO, *Ius poenitendi, aggiudicazione definitiva e determinazione dell'indennizzo*, in *Urb. e app.*, 2010, 12, 1460; F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1451 e ss.; R. CHIEPPA, *op. cit.*, iusexplorer.it; F. CORTESE, *La revoca negli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 3, 169; R. CIFARRELLI, *op. cit.*, p. 45 che compendia le diverse ipotesi di azione in giudizio e dei loro presupposti, in quattro diverse fattispecie: revoca legittima e indennizzo; revoca legittima, indennizzo, risarcimento da responsabilità precontrattuale; revoca illegittima e risarcimento danno extracontrattuale; revoca illegittima e risarcimento da responsabilità precontrattuale se il soggetto non chieda il risarcimento per responsabilità contrattuale.

La procedura disciplinata nel Codice degli appalti pubblici, rappresenta un vero e proprio “partenariato della funzione”, poiché il coinvolgimento del privato all’esercizio della funzione amministrativa di individuazione degli interessi pubblici e della pianificazione della loro cura è particolarmente intenso.⁶¹

Dal punto di vista procedurale, la finanza di progetto “propositiva” si articola in tre fasi.

La prima si risolve nella proposta del privato di realizzare di un’opera pubblica; la seconda coincide con la valutazione discrezionale della p.a. circa la rispondenza all’interesse pubblico di tale proposta; la terza fase consta di due momenti: la pubblicazione di un bando di gara basato sul progetto avanzato dal promotore finalizzata a selezionare le migliori offerte e la successiva comparazione dell’offerta del promotore con le migliori offerte eventualmente pervenute, finalizzata alla aggiudicazione vera e propria, cui si accompagna la possibilità, da parte del promotore, di aggiudicarsi potestativamente la gara esercitando la prelazione e conformando il progetto al contenuto della proposta vincente all’esito della gara.⁶²

Trasversalmente alle tre fasi, quindi anche successivamente alla pubblicazione del bando, si dipana una negoziazione potenzialmente continua tra parte pubblica e parte privata, al fine di conformare progressivamente il progetto al pubblico interesse. In questa attività di rimodellamento del contenuto progettuale, la p.a. detiene un ampio potere di impulso circa le variazioni da apportarsi nell’interesse pubblico, che divengono vincolanti per il proponente, eccettuate quelle incidenti sull’equilibrio economico-finanziario del progetto.⁶³

Tutte le fasi ricordate sono state lette in dottrina come momenti di una fattispecie a formazione progressiva della volontà contrattuale, dal momento che può sostenersi che il *project financing* rappresenti una fattispecie negoziale unitaria, sebbene particolarmente complessa e articolata.⁶⁴

Nello specifico il bando di gara rappresenterebbe una *invitatio ad offerendum* non vincolante per la p.a. in punto di stipula, ma sicuramente capace di effetti conformativi rispetto al contenuto delle offerte dei privati concorrenti rispetto al proponente il cui progetto è stato posto alla base della gara, offerte che rappresentano delle vere e proprie proposte contrattuali.⁶⁵

Sulla base di questa ricostruzione, la dialettica tra proposta-progetto e dichiarazione di pubblico interesse rappresenta una fase preparatoria rispetto alle fasi successive, che rimane assorbita nella funzione amministrativa di individuazione e cura degli interessi pubblici, sebbene declinata in modo peculiare perché decisamente aperta alla partecipazione del privato. In questo senso, si condivide la conclusione, secondo la quale «il promotore ha un ruolo più attivo, ma non particolarmente premiato, perché costituendo non un’alternativa rispetto ai primi due procedimenti, ma un momento prodromico che dà impulso a altre procedure [...] la finanza di progetto propositiva

⁶¹ In tal senso N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, 2011, 555 e p. 583: «la finanza di progetto può consentire l’intervento del privato in un momento anteriore a quello in cui era generalmente consentito, anche attraverso una valutazione giuridicamente significativa, da parte dello stesso, di interessi pubblici. Qualora si permetta al privato di proporre alla pubblica amministrazione la realizzazione di determinati interventi, si attribuisce ad esso la facoltà, o meglio ancora, l’onere, di accompagnare le consuete valutazioni di carattere imprenditoriale, relative alla riuscita economica dell’iniziativa, con valutazioni di carattere pubblicistico»; nonché B. RAGANELLI, *L’iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010, p. 297.

⁶² Si vedano R. CORI e I. PARISI, *Partenariato pubblico privato e project financing: il contesto di riferimento*, in *Partenariato pubblico privato e project finance*, a cura di M. Nicolai e W. Tortorella, Sartarcangelo di Romagna, 2017, p. 51; S. CASTENASI, *Profili civilistici del project financing*, in *Il partenariato pubblico privato*, a cura di M. Chiti, Napoli, 2009, p. 94.

⁶³ *Idem.*, p. 94 e 96.

⁶⁴ Per una ricostruzione del *project financing* come schema negoziale volto a un unitario e autonomo regolamento di interessi, al di là degli atomistici e plurimi momenti negoziali che lo compongono si veda A. TULLIO, *I profili civilistici della finanza di progetto*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di G. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010, 415 ss.

⁶⁵ S. CASTENASI, *op. cit.*, p. 98 e 99.

è un meccanismo funzionale, strumentale, propedeutico e non autonomo rispetto alla realizzazione e gestione di opere pubbliche. [...] Il proponente ha un ruolo di iniziativa, propositivo, valutativo di interessi pubblici (sia pure filtrati, legittimamente, dal proprio interesse) [...] ma poi riparte alla pari, giuridicamente, con gli altri soggetti, nell'ambito di una funzione di partenariato limitato e forse non sempre allettante». ⁶⁶ Questa fase è dunque fortemente connotata in senso pubblicistico e non pare emergere alcuna posizione qualificata del privato, perché a ben vedere non esiste contrapposizione ma interazione: il privato interferisce "positivamente" con l'attività amministrativa, concorrendovi, e il suo interesse esclusivo ed egoistico alla realizzazione dell'opera converge con il pubblico interesse. ⁶⁷

Sulla base di quanto fin qui detto, si possono trarre alcune conclusioni.

Nella procedura di *project financing* (con promotore), la fase antecedente la pubblicazione del bando costituisce esercizio di funzione amministrativa integrata tra parte privata e parte pubblica, preliminare alle successive attività negoziali.

La proposta presentata dal privato è oggetto della duplice valutazione discrezionale circa la sussistenza del pubblico interesse: l'amministrazione deve riconoscere che esiste un interesse pubblico a realizzare l'opera, non precedentemente individuato, e che la sua realizzazione mediante il progetto del privato sia idonea a soddisfarlo.

Solo nel caso in cui la gara si svolga, in capo al promotore si determina una qualche posizione di vantaggio, poiché, a valle di essa, in ogni caso egli potrà aggiudicarsi esercitare la prelazione, oppure non esercitare la prelazione e ottenere il rimborso delle spese di presentazione del progetto.

Prima dello svolgimento della gara, il promotore non sembra disporre di alcun affidamento tutelabile circa lo stabilizzarsi di una utilità o di un vantaggio. Come potrebbe vantare un'utilità stabile ancorata ad un oggetto che non solo gli è indisponibile, ma anche mutevole, cioè il pubblico interesse? Sarebbe paradossale affermare che la dichiarazione di pubblico interesse fondi una posizione di vantaggio su cui il proponente possa fare affidamento, perché significherebbe ritenere che l'interesse pubblico si sia congelato e cristallizzato una volta per sempre, il che non è plausibile, per quanto si è sopra ricordato in relazione al mutare nel tempo dell'interesse pubblico.

Se è corretto, infatti, affermare che un provvedimento amministrativo con efficacia durevole costituisca delle utilità e dei vantaggi esterni a sé stesso in capo ai privati, che possono essere pregiudicati qualora l'interesse pubblico venga rivalutato e faccia caducare il precedente provvedimento, altra cosa è affermare che dalla dichiarazione di pubblico interesse (suscettibile di rivalutazione nel tempo) discenda una posizione di vantaggio, in altri termini che si possa discendere l'utilità automaticamente dal contenuto provvedimentale dichiarativo-ricognitivo del pubblico interesse.

Si ritiene che questa conclusione possa trovare conforto anche guardando all'assetto dei rischi imposto dalla disciplina sulle concessioni. Come è noto, elemento costitutivo della concessione è proprio la traslazione del rischio economico e gestionale dell'opera sul concessionario.

Orbene, l'efficienza di un'operazione di *project financing* (che sfocia in una concessione) dipende dall'allocazione ottimale dei rischi tra parte pubblica e parte privata, secondo le modalità di riparto individuate dalle decisioni Eurostat, a partire da quella dell'11 febbraio 2004. ⁶⁸ In essa si è ritenuto

⁶⁶ N. LUGARESI, *op. cit.*, p. 556.

⁶⁷ Parte della dottrina non ha perciò mancato di notare come tutto ciò faccia quasi apparire l'azione del privato quasi un mero *entretien*: è chiara infatti la volontà del legislatore di non rendere l'amministrazione ostaggio delle pressioni dei privati per la soddisfazione di loro interessi economici, ma bensì di assegnare assoluta priorità alla considerazione del pubblico interesse alla realizzazione dell'opera, si veda G. CARTEI, *La finanza di progetto: modelli e varianti*, in *Il partenariato pubblico privato*, a cura di M. Chiti, Napoli, 2009, p. 67 e 68.

⁶⁸ In tema di rischi nelle operazioni di *project financing* si vedano: M. NICOLAI, *Vantaggi, struttura finanziaria e incentivi pubblici del PPP*, in *Partenariato pubblico privato e project finance*, *op. cit.*, 170 e ss.; F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2004, 13 e ss.; G. TAGLIANETTI, *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project*

che, per la validità della concessione, sia almeno necessario il trasferimento al privato del rischio di costruzione (rischio inerente la realizzazione del progetto o rischi *pre-completion*) e alternativamente o del rischio di disponibilità o del rischio di domanda (rischi inerenti la gestione economica del progetto, della fase operativa o anche detti rischi *post-completion*)⁶⁹.

Accanto a questi tipi di rischio, vi sono anche altri rischi generali di progetto, tra cui il cd. rischio politico-amministrativo, costituito da «incertezze legate alla stabilità politica, alla disponibilità delle necessarie autorizzazioni, alla variazione dell'imposizione fiscale, della normativa in materia di tariffe»⁷⁰. In particolare, parte della dottrina parla della “determinante amministrativa”⁷¹ come condizionamento ineludibile nell'ambito della finanza di progetto, rappresentato dalla combinazione tra rischio politico relativo al sistema paese e rischio amministrativo, costituito dai ripensamenti, inadempimenti, revoche dell'amministrazione di riferimento.⁷²

Portando qualche ulteriore riflessione su questo tema, rileviamo l'orientamento giurisprudenziale (al quale si iscrive anche la sentenza in esame), secondo il quale la scelta del promotore è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa e la valutazione del pubblico interesse dell'opera, attenendo al merito amministrativo, è incoercibile in sede di giudizio di legittimità, e suscettibile solo di sindacato estrinseco.⁷³ Sulla scia di questo orientamento si sostiene che, anche dopo essere stata dichiarata di pubblico interesse, l'amministrazione non è comunque vincolata a svolgere la gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione dell'opera.⁷⁴

financing, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 11, 168 e ss.; M. RICCHI, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, Relazione UFP Forum p.a. 2006, giustiziaamministrativa.it.

⁶⁹ M. NICOLAI, *op. cit.*, p. 172 e 173.

⁷⁰ *Idem.*, p. 175.

⁷¹ F. MERUSI, *op. cit.*, 13 e ss.

⁷² Questo dato stimola una riflessione. Se il rischio amministrativo è sopportato dal concessionario, cioè è intrinseco ad una posizione di vantaggio che sicuramente può dirsi consolidata, come può essere insussistente e non contemplabile in capo a chi si fa promotore di un'opera pubblica? In questa fase il privato deve essere consapevole dell'esposizione ai rischi che gli derivano dalla cd. “determinante amministrativa”. Pertanto, nello stadio primario e prodromico del procedimento di finanza di progetto propositiva, tanto più la posizione del privato può dirsi fluida e non solida, precaria e non stabilizzata. La presenza dei rischi amministrativi compromette il presunto consolidamento di una posizione di vantaggio in capo al promotore. Sul fatto che il promotore sia esposto al rischio amministrativo e ciò infirmo la sua presunta posizione di vantaggio si vedano in giurisprudenza T.A.R. Campania, sez. 1, 4 marzo 2013, n. 1233 e Cons. St., sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365.

⁷³ Cfr. Cons. St., sez. V, 31 agosto 2015, n. 4035; Cons. St., sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026, Cons. St., sez. V, 6 maggio 2013 n. 2418; Cons. St. Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 2155.

⁷⁴ Cfr. Cons. Stato, III, 20 marzo 2014, n. 1365; Cons. Stato, III, 4026, 30 luglio 2013; Cons. St. 24 maggio 2013, n. 2838; V, Cons. St., 6 maggio 2013, n. 2418, nonché da ultimo Cons. St., 21 giugno 2016, n. 2719: «*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 della relativa concessione (negli stessi termini si è ancora di recente espresso questo Consiglio di Stato, Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365). [...] Quindi, dalla dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore privato non deriva alcun vincolo per l'amministrazione di affidare la concessione, essendo necessaria da parte di quest'ultima una scelta ulteriore, analogamente a quanto avviene per qualsiasi decisione di affidare un contratto. In particolare, rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicistici, la complessiva disciplina dell'istituto del project financing si contraddistingue perché in questo caso l'iniziativa non è assunta dall'amministrazione stessa, ma dal privato. Sennonché anche una volta che la proposta di quest'ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, lo stesso 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 solo all'interno della gara - come del resto riconosce l'appellante - una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta. [...] In altri termini, il vantaggio e l'aspettativa giuridicamente rilevante per il promotore si pone "a valle" della scelta della addizione all'affidamento del contratto, che solo l'amministrazione stessa è titolata ad adottare».*

La giurisprudenza maggioritaria⁷⁵ è dell'avviso che la dichiarazione di pubblico interesse non possa di per sé sola fondare in capo al promotore una posizione di vantaggio consolidata, giacché essa matura solo nell'ambito della gara, quando la pubblica amministrazione assuma la decisione di affidare l'opera.⁷⁶

Questa conclusione, alla quale si conforma anche la sentenza in esame, appare ragionevole, a parere di chi scrive, nonostante quanto potrebbe desumersi dalla lettura dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 18 gennaio 2012 n. 1, che qualifica quella del promotore come una posizione di vantaggio.

Con riferimento al *project financing* oggetto della nostra sentenza, è il privato, di sua iniziativa, a presentare un progetto per un'opera pubblica non previsto. In tal senso, sembrerebbe eccessivo che per effetto della sola presentazione, spontanea, di un progetto di opera pubblica possa preconstituersi in capo al proponente una posizione di vantaggio suscettibile di generare seri affidamenti, tenuto conto anche del fatto che il consolidamento della posizione è circostanza eventuale, dipendente da valutazioni non *semel pro semper*, non definitive, quali l'attualità del pubblico interesse.

La dichiarazione di pubblico interesse non rappresenta perciò un atto ad efficacia durevole attributivo in maniera definitiva di un vantaggio, quanto prodromico alla indizione di una gara, non fondativo di indennizzo in caso di revoca della stessa.⁷⁷

⁷⁵ In senso difforme risulta essersi pronunciato solo Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334, con i commenti di M. D'ARIENZO, *Limiti all'esercizio del potere di revoca nelle procedure di project financing*, in *Giur. it.*, 2011, 5, 1190; L. CARBONE, M. CAPPELLETTI, *Indennizzo a seguito di revoca legittima di un provvedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, 1291.

⁷⁶ Cfr. Cons. St., 23 novembre 2013, n. 6633, Cons. St., 21 giugno 2016, n. 2719 cit., nonché da ultimo Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2017, n. 207, par. 7.1.: «quanto alla reclamata responsabilità civile, ne consegue che anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse dell'opera non si è costituito un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, a che l'amministrazione dia poi comunque corso alla procedura di finanza di progetto. La valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a essere immanente. Si tratta infatti di considerare, sino all'affidamento, l'attualità e la convenienza della realizzazione, senza condizionamenti neanche da eventuali previ e informali contatti, finalizzati all'elaborazione delle "proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità" da parte del promotore (art. 153 D.Lgs. n. 163 del 2006)», si veda anche T.A.R. Campania, sez. I, Sent., 04-04-2017, n. 1803: «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, 21 giugno 2016 n. 4177) mentre si è visto che, nel caso in esame, la procedura negoziata di cui all'art. 155, comma 1 lett. b) non ha avuto luogo».

⁷⁷ Sul punto appaiono *tranchant* alcune autorevoli pronunce quali T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II bis, 25 ottobre 2017 n. 10695; nonché Cons. St, sez. V, 26 aprile 2015, n. 3237: «coerentemente a tale orientamento giurisprudenziale 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 di cui al più volte citato articolo 21 quinquies della L. n. 241 del 1990. Si è già detto che l'indennizzo è previsto nel caso di revoca di atti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici ad efficacia durevole (art. 21 quinquies, comma 1) che comporti pregiudizio in danno di soggetti direttamente interessati. La dichiarazione di pubblico interesse del progetto di finanza pubblica non è un atto attributivo di vantaggi economici, attesa la mera astratta possibilità di dar luogo all'esito dell'apposito procedimento all'affidamento della concessione, ben potendo l'amministrazione rinviare o non dare corso affatto alla proposta che pure abbia ritenuto di pubblico interesse. In conclusione deve ritenersi che la dichiarazione di pubblico interesse della proposta di progetto di finanza pubblica seppure differenzia la posizione giuridica del proponente (cfr. Ad. plen. n. 1 del 2012), riconoscendogli un'aspettativa e una posizione tutelata nei confronti di altri operatori o di proposte concorrenti, assume maggiore consistenza giuridica dando luogo al diritto di prelazione e ai correlati diritti patrimoniali, ove il procedimento si sviluppi nella fase della indizione della gara per l'affidamento della concessione, sicché al di fuori di tale evenienza la revoca della dichiarazione di pubblico interesse del progetto e, quindi, l'abbandono del progetto da parte dell'amministrazione non integra in capo al proponente, tanto più quando, come nel caso, la proposta di progetto sia ad iniziativa privata, alcuna forma risarcitoria e nemmeno indennitari». Particolarmente incisiva è anche T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 04 aprile 2017, n. 1803: «al riguardo, l'indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241 del 1990 non spetta in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali. – omissis – Né spetta il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, che, ai sensi dell'art. 155, comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006 risulta dovuto nel project financing a favore del promotore solo ove questo non risulti aggiudicatario quando la gara stessa si sia peraltro conclusa (Consiglio di Stato, Sez. V, 26 giugno 2015 n. 3237; 3

A simili conclusioni si potrebbe giungere anche richiamando le pronunce non in tema di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, fattispecie che più si avvicina al caso di specie, dal momento che, come si è visto, la giurisprudenza ha modificato in progresso di tempo il precedente orientamento che la qualificava come mero atto infraprocedimentale o ad efficacia interinale, incapace di originare affidamenti meritevoli di tutela.

Al riguardo, è significativa la motivazione riportata dalla pronuncia, secondo la quale: «a fronte della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta (giudicata migliore) conforme alle esigenze della stazione appaltante (per come cristallizzate nella *lex specialis*) consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti».⁷⁸

Il carattere particolarmente qualificato della posizione dell'aggiudicatario provvisorio dipende perciò dal fatto che una selezione comparativa di un'offerta sia effettivamente intervenuta. Diversamente, una simile scelta, come si è avuto modo di evidenziare, manca nel *project financing* all'altezza della dichiarazione di pubblico interesse, perché avverrà semmai in seguito, allorché la gara venga indetta e svolta. La posizione del promotore quindi si ancora esclusivamente alla convergenza del progetto con il pubblico interesse e non ad altre valutazioni.

Pacifica, invece, è la riconoscibilità dell'indennizzo a favore del promotore che sia anche divenuto aggiudicatario dopo la conclusione della gara i cui atti vengano revocati o annullati in autotutela.⁷⁹

A fronte dell'analisi svolta, si ritiene perciò di condividere la soluzione del Consiglio di Stato nella sentenza che si annota, che non accorda indennizzo al mero promotore, negando che la dichiarazione di pubblico interesse sia un atto ad efficacia durevole fondativo di un affidamento in una posizione di vantaggio consolidata. È corretto individuare, prima dello svolgimento effettivo della gara, una posizione di mera aspettativa,⁸⁰ rispetto all'indizione e al seguito della procedura. Prima dello svolgimento della gara e dell'affidamento del contratto, non si è dunque di fronte a quella posizione chiara, certa, definitiva o quantomeno stabile che anche la dottrina ha indicato come presupposto dell'indennizzabilità dal privato.

maggio 2016 n. 1692); viceversa, si è visto che la procedura negoziata non ha avuto luogo. E' solo il concreto utilizzo della proposta da parte dell'amministrazione che consolida il diritto del promotore all'ottenimento dell'indennizzo per le spese sostenute e trasforma la sua posizione giuridica da instabile a durevole».

⁷⁸ Così Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026 par 4.4., con il commento di R. CARANTA, *La tutela dell'affidamento presa sul serio*, in *Urb. e app.*, 2017, 2, 240.

⁷⁹ Cfr. M. BALDI, S. FASANO, *Il rischio d'impresa nelle operazioni di project financing*, in *Urb. e app.*, 2012, 7, 803.

⁸⁰ Si veda in tal senso anche Cons. St., 21 giugno 2016, n. 2719: «in particolare, rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicistici, la complessiva disciplina dell'istituto del *project financing* si contraddistingue perché in questo caso l'iniziativa non è assunta dall'amministrazione stessa, ma dal privato. Sennonché anche una volta che la proposta di quest'ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, lo stesso 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 solo all'interno della gara - come del resto riconosce l'appellante - una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta. Tanto meno possono essere invocati i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 28 gennaio 2012, n. 1. In questa pronuncia si è chiarito che la scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e che l'atto in questione è pertanto impugnabile in sede giurisdizionale amministrativa. Tuttavia, poiché questo vantaggio si sostanzia nella preferenza riconosciuta al progetto del promotore in sede di gara, lo stesso presuppone che l'amministrazione si sia già determinata nell'affidare la concessione. In altri termini, il vantaggio e l'aspettativa giuridicamente rilevante per il promotore si pone "a valle" della scelta della addvenire all'affidamento del contratto, che solo l'amministrazione stessa è titolata ad adottare».