

Pubblicato il 28/02/2024

N. 00237/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00571/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 571 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da Althea Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in relazione alla procedura CIG 8813243632;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Daloiso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore Generale della A.O.U. Policlinico Riuniti di Foggia n. 131 del 06.04.2023, comunicata con nota in pari data, avente ad oggetto «Gara europea a procedura aperta con l'offerta economicamente più vantaggiosa. Finanza di progetto ad iniziativa privata ex art. 179 co. 3 e 183 co. 15 del D.lgs. n.

50 del 2016 per il “Complemento, l'allestimento e la gestione integrata dei comparti operatori del nuovo Dipartimento di Emergenza Urgenza dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Riuniti di Foggia, comprensiva della manutenzione delle apparecchiature di alta tecnologia, nonché della realizzazione e gestione della nuova centrale di sterilizzazione e relativi servizi” (CUP: G71B21005270005, CIG: 8813243632) – Revoca procedura»;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa la nota del 06.04.2023 di comunicazione della predetta deliberazione n. 131 del 06.04.2023, nonché la nota prot. n. 7019 del 13.03.2023 di comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca della suindicata procedura,

e per l'accertamento e la declaratoria

del diritto di Althea Italia S.p.A., mandataria del costituendo R.T.I. con Steritalia S.p.A., alla prosecuzione e completamento della suindicata procedura di evidenza pubblica.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Althea Italia S.p.A. il 13.11.2023: per l'annullamento

- della Relazione sul ricorso al T.A.R. Puglia, prot. n. 23771 del 19.10.2023, a firma del Direttore Amministrativo, depositata in atti in data 23.10.2023;

- della allegata deliberazione del Direttore Generale n. 513 del 5.10.2023, recante “appalto di lavori di completamento del “reparto operatorio” al 6° piano del Plesso DUE del Policlinico Riuniti di Foggia. Approvazione progetto esecutivo – CUP: G74E23000050002 CIG: 985629471C”;

- di ogni atto citato, correlato o connesso alla Relazione tecnica a firma del Direttore Amministrativo e alla delibera del D.G. n. 513/2023;

e per l'accertamento e la declaratoria

- del diritto di Althea Italia S.p.A., mandataria del RTI costituendo con Steritalia S.p.A., alla prosecuzione e completamento della suindicata procedura di evidenza pubblica.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2024 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori l'avv. Ada Matteo, su delega dell'avv. Saverio Sticchi Damiani, per la ricorrente, e l'avv. Raffaele Daloso, per l'azienda ospedaliera;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 5.05.2023 e depositato in data 11.05.2023, la società Althea Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, adiva il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento dei provvedimenti meglio indicati in oggetto.

Esponiva in fatto di aver formalizzato, in data 9.07.2020, in qualità di mandataria del costituendo RTI con la società Steritalia S.p.A., una proposta ad iniziativa privata ai sensi degli artt. 179 comma 3 e 183 comma 15 del D.Lgs. n. 50/2016, per il completamento, allestimento e gestione integrata dei comparti operatori del nuovo Dipartimento Emergenza Urgenza (D.E.U.) dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Riuniti di Foggia (A.O.U. di Foggia), comprensiva della manutenzione delle apparecchiature di alta tecnologia, nonché della realizzazione e gestione di una nuova centrale di sterilizzazione e relativi servizi.

Con deliberazione del Commissario Straordinario *pro tempore* n. 157 del 18.03.2021 la A.O.U. di Foggia valutava di interesse pubblico, fattibile ed accettabile la proposta presentata dal RTI Althea, approvandone contestualmente la documentazione a corredo.

Con la deliberazione del Direttore Generale n. 65 del 1.07.2021, venivano approvati gli atti di una procedura aperta per l'affidamento mediante finanza di progetto di una concessione del valore stimato di € 159.340.100,00, per la durata di dieci anni ed otto mesi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

L'oggetto dell'articolato affidamento consisteva nella realizzazione, previa progettazione definitiva ed esecutiva, dei lavori di completamento del blocco operatorio collocato al 6° piano del plesso ospedaliero che ospita il Dipartimento di Emergenza Urgenza (d'ora innanzi anche DEU), nonché dei lavori di realizzazione della centrale di sterilizzazione (d'ora innanzi anche CDS), nella messa a disposizione di apparecchiature ed arredi, nella fornitura di dispositivi medici, presso il DEU (5° e 6° piano) e la CDS, nella messa a disposizione dello strumentario chirurgico per l'intero Presidio ospedaliero, nell'espletamento del servizio integrato DEU, a sua volta suddiviso in tre sottoservizi, ossia servizio dispositivi, servizio intelligenza artificiale, servizio sanificazione, del servizio integrato CDS ed, infine, del servizio integrato apparecchiature.

Secondo le previsioni contenute nel piano economico finanziario (d'ora innanzi anche PEF) redatto dal promotore ed allegato alla *lex specialis*, l'investimento a carico del concessionario sarebbe ammontato ad € 20.924.456,00, oltre IVA, mentre il pagamento del canone annuo (canone di disponibilità) gravante sull'Amministrazione concedente sarebbe stato pari ad € 15.530.341,00 annui, oltre IVA.

In particolare, il canone era costituito per 45,94% da componenti fisse, e per il restante 54,06% da componenti variabili, o parzialmente variabili.

All'esito dell'indizione della gara, perveniva la sola offerta del promotore Althea Italia S.p.A., in qualità di capogruppo del costituendo R.T.I. con la Steritalia S.p.A. Ritenuta ammissibile e valutata l'offerta in esame, nella seduta del 29.11.2021 la Commissione giudicatrice formulava la proposta di aggiudicazione nei confronti dell'unica offerente.

Con la deliberazione del Commissario Straordinario n. 74 del 2.02.2023, la suddetta procedura veniva inserita nel programma biennale di beni e servizi per le annualità 2023-2024, con previsione di affidamento nel 2023.

Con la nota del 7.02.2023, la Althea Italia S.p.A., nella qualità di mandataria del RTI, promotore della procedura e aggiudicatario provvisorio, sollecitava l'Amministrazione procedente a porre in essere ogni iniziativa utile per la prosecuzione dell'*iter* e per l'approvazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

In data 13.03.2023, l'Amministrazione comunicava alla Althea Italia S.p.A. l'avvio del procedimento di revoca della procedura di gara in parola, ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, comma 1 della l. n. 241/1990, dando atto che *“Il radicale mutamento della situazione di fatto rispetto ai presupposti in base ai quali è stata ritenuta “fattibile e quindi accettabile” la proposta ad iniziativa privata, impone a questa Azienda di rivedere le proprie determinazioni, anche in ragione delle mutate condizioni economiche-finanziarie (...). L'accurata e ponderata valutazione della proposta, comparata alle risorse finanziarie attualmente nella disponibilità di questo Policlinico, il cui Bilancio presenta preoccupanti perdite di esercizio ha evidenziato la non convenienza di procedere ad una aggiudicazione sulla base della proposta di codesta Società e del relativo PEF, quest'ultimo, peraltro, predisposto nelle annualità 2020 – 2021 in un contesto sociale ed economico ben diverso da quello attuale”*.

In particolare, nella predetta nota si prospettava che *“il bilancio di previsione 2023 evidenzia già in partenza un risultato negativo e risorse insufficienti per far fronte al notevole incremento dei costi di gestione”*, che *“l’assunzione del gravoso onere derivante dall’aggiudicazione della procedura di gara (canone annuale pari ad € 15.774.669,00 circa, oltre IVA) comporterebbe la non sostenibilità della spesa in totale violazione dei principi contabili e costituzionali sopra richiamati”* e che tale aggravio economico sarebbe derivato anche dalla pressione inflazionistica e dal conseguente aumento dei tassi di interesse, che avrebbe determinato *“ulteriori nuovi oneri che graverebbero irrimediabilmente su questa Azienda”*.

Peraltro, l’Amministrazione evidenziava che, in considerazione del persistente interesse al completamento ed allestimento delle sale operatorie nel DEU, vi era già stata un’interlocuzione con la Regione Puglia, la quale, in data 24.02.2023, aveva autorizzato l’avvio delle procedure necessarie all’accesso ai finanziamenti esclusivamente pubblici per la realizzazione di tale opera (nell’ambito del Programma Operativo della Regione 2021 – 2027), invitando l’Azienda *“ad inserire l’intervento proposto nella programmazione triennale dei lavori, approvare il progetto di completamento con esplicita attestazione della dichiarazione di assenza di doppi finanziamenti e assenza di sovrapposizione di finanziamenti, attivare il relativo codice unico di progetto”*.

Con la nota del 23.03.2023, la Althea Italia S.p.A. trasmetteva le proprie controdeduzioni alla suddetta comunicazione di avvio del procedimento di revoca, evidenziando l’aspettativa del R.T.I. di cui era mandataria di conseguire l’aggiudicazione della concessione.

Con la deliberazione n. 131 del 6.04.2023, il Direttore Generale della A.O.U. di Foggia, rimarcando le ragioni di insostenibilità economica della proposta di partenariato, disponeva la revoca della procedura di gara *de qua* ed il contestuale inserimento degli interventi di completamento strutturale delle sale operatorie del DEU nella programmazione triennale dei lavori pubblici, attivando il codice unico di progetto, nonché l’integrazione delle deliberazioni n. 63 del 27.01.2023 e n. 74 del

2.02.2023 rispettivamente relative all'adozione del “*Programma Triennale delle Opere Pubbliche 2023-2024-2025 ed Elenco Annuale 2023*” e del “*Programma Biennale degli Acquisti di Beni e Servizi – anni 2023-2024*”.

Insorgeva la ricorrente avverso tali esiti provvedimentali dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, articolando due motivi di gravame.

Con il primo motivo di gravame, la ricorrente deduceva “*I - Contraddittorietà e illogicità manifesta – Violazione del principio di proporzionalità – Violazione dei principi di buona amministrazione, economicità, efficacia ed efficienza – Erronea presupposizione – Violazione e falsa applicazione dell’art. 21-quinquies della L. n. 241/1990 – Carenza di istruttoria e di motivazione – Falsa ed erronea applicazione dell’art. 183 del D.lgs. n. 50/2016.*”

Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente, dopo aver riportato le ragioni dell’approvazione della sua proposta da parte dell’Amministrazione (avvenuta con la deliberazione del Commissario Straordinario n. 157 del 18.03.2021), contestava la legittimità del provvedimento di revoca, evidenziando che la ponderazione di interessi sottesa allo stesso sarebbe “*irragionevole, manifestamente contraddittoria, priva di supporto istruttorio e motivazionale, connotata da falsi presupposti, violativa del principio di proporzionalità, conducente a risultati contrari alla buona amministrazione e all’interesse pubblico*”.

In particolare, la ricorrente sosteneva che non avrebbe risposto al vero che la proposta di partenariato sarebbe stata economicamente e finanziariamente insostenibile e, senza contestare l’analisi economico finanziaria esposta nel provvedimento impugnato, affermava che l’attuazione della proposta avrebbe generato ricavi annuali ben maggiori rispetto al canone annuo che l’Azienda dovrebbe corrispondere al RTI.

Inoltre, in tesi di parte ricorrente, la scelta di accedere ai finanziamenti pubblici al fine di realizzare il progetto in parola sarebbe stata frutto di “*una palese carenza*

istruttoria”, posto che avrebbe comportato “*un oggettivo ritardo nella realizzazione dell’obiettivo*” e che non sarebbe stato oggetto di valutazione il fatto che “*i fondi europei [...] potrebbero essere utilizzati nell’ambito della concessione oggetto della proposta di partenariato*”.

Con il secondo motivo di gravame la ricorrente deduceva “*II – Violazione del principio di buona fede, correttezza e di tutela del legittimo affidamento – Violazione dell’art. 1 della L. n. 241/1990 - Violazione del principio di proporzionalità sotto altro profilo – Illogicità manifesta - Ingiustizia manifesta.*”.

In tesi di parte ricorrente, il provvedimento impugnato sarebbe stato illegittimo in quanto non avrebbe tenuto conto del fatto che il comportamento dell’Amministrazione avrebbe ingenerato nel R.T.I. una “*fondata e legittima aspettativa*” di ottenere l’aggiudicazione della gara in parola.

Con atto di costituzione del 18.05.2023, nonché con successiva memoria difensiva, l’Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Riuniti di Foggia insisteva per la reiezione del ricorso, in quanto infondato nel merito.

In esito alla revoca del procedimento di gara, con la deliberazione n. 513 del 5.10.2023 l’Azienda approvava il progetto esecutivo concernente i lavori in precedenza inclusi nella proposta di partenariato.

Nelle more del giudizio, in data 19.10.2023, il Direttore Amministrativo dell’Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Riuniti di Foggia rilasciava la relazione prot. n. 23771, esponendo le difese dell’Ente sul ricorso dinanzi il T.A.R. Puglia, Sede di Bari, presentato dalla Althea S.p.A.

Avverso tali provvedimenti l’odierna ricorrente proponeva ricorso per motivi aggiunti, deducendo tre motivi di gravame in via autonoma, nonché l’illegittimità in via derivata.

In particolare, con il primo motivo di gravame in via autonoma, la ricorrente deduceva “*III. Illegittimità del provvedimento impugnato per vizio di incompetenza, per essere*

stato adottato dal direttore amministrativo e dunque da un organo diverso dal direttore generale che ha in origine adottato l'atto di revoca. Violazione del principio di buon andamento. Violazione del principio del giusto procedimento e delle garanzie partecipative di cui agli artt. 7 e 10 l. 241/90".

In tesi di parte ricorrente, con la relazione prot. 23771 del 19/10/2023 del Direttore Amministrativo, l'Azienda ospedaliera avrebbe inammissibilmente integrato la motivazione del provvedimento impugnato, violando altresì le regole sulla competenza e il diritto al contraddittorio.

Con il secondo motivo di gravame in via autonoma, la ricorrente deduceva *"IV. In via subordinata. violazione dei principi di buona amministrazione, economicità, efficacia ed efficienza. Falsa ed erronea applicazione dell'art. 183 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 21-quinquies l. 241/90. difetto di istruttoria. Illogicità e carenza motivazionale. Eccesso di potere per contraddittorietà, erronea presupposizione, sviamento. Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza. Ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata"*.

Con tale motivo di gravame la ricorrente censurava il merito della relazione impugnata, deducendo l'asserita illogicità e contrarietà ai principi di buona amministrazione, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa delle osservazioni con cui il Direttore Amministrativo aveva evidenziato le ragioni per cui i maggiori ricavi paventati nel ricorso introduttivo sarebbero stati solo astratti e figurativi, atteso che con l'impugnata revoca l'Azienda avrebbe rinunciato all'obiettivo di *"migliorare la sanità pubblica"*.

Sotto altro profilo, la ricorrente sosteneva l'irragionevolezza della rinuncia dell'Ente agli investimenti offerti con la proposta di partenariato, in considerazione del fatto che la copertura dei costi di esercizio da parte della Regione avrebbe dovuto costituire la *"extrema ratio alla quale accedere solo ove l'Ente non sia in grado di agire in modo virtuoso e di coprire le proprie spese attraverso servizi resi ai pazienti"*.

Con il terzo motivo di gravame in via autonoma la ricorrente deduceva “*V. Illegittimità della deliberazione del direttore generale n. 513 del 5.10.2023 – Violazione del principio di buon andamento e dei principi di efficacia, efficienza ed economicità dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà, illogicità*”.

In tesi di parte ricorrente, la deliberazione n. 513 del 5.10.2023 dell’Amministrazione sarebbe stata illegittima per violazione dei principi buon andamento dell’azione amministrativa, efficacia, efficienza ed economicità, in quanto non vi sarebbe “*alcuna certezza né sulla concreta possibilità di accedere ai fondi pubblici, né tanto meno alcuna certezza in ordine ai tempi per poter realizzare le opere di completamento e allestimento del comparto operatorio presso il Plesso del DEU*”.

Con memoria del 5.01.2024, l’Amministrazione sosteneva la legittimità dei provvedimenti gravati, instando per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

Seguiva memoria di replica della ricorrente del 12.01.2024, con cui la società ribadiva la propria tesi, contestando le controdeduzioni dell’Ente.

All’udienza del 23.01.2024, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Il ricorso principale e i motivi aggiunti sono in parte inammissibili ed in parte infondati e, in quanto tali, devono essere respinti.

Quanto al primo motivo di gravame dedotto con il ricorso introduttivo, non si rinvencono i profili di illegittimità e di irragionevolezza del provvedimento di revoca impugnato.

Come noto, ai sensi dell’art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, l’Amministrazione, nell’esercizio della propria discrezionalità, ha il potere di revocare i propri provvedimenti “*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*”.

In generale, in tema di appalti pubblici, motivazioni di carattere finanziario, come l'assenza, originaria o sopravvenuta, dei fondi necessari per la realizzazione dell'opera, costituiscono una valida e congrua ragione di revoca degli atti di atti di gara.

In effetti, il corretto svolgimento dell'azione amministrativa ed i principi generali di contabilità pubblica, *ex art. 81 Cost.*, esigono che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto se provvisti di rigorosa e adeguata copertura finanziaria. Dunque, se specifiche ragioni di interesse pubblico, come l'impossibilità di assunzione di un significativo impegno di spesa, possono consentire la revoca dell'aggiudicazione definitiva di un appalto, *a fortiori* deve riconoscersi che tali circostanze costituiscano valide ragioni per l'esercizio dello *ius poenitendi* in situazioni in cui nemmeno sussiste un affidamento qualificato, quale è quella che tipicamente caratterizza(va) l'aggiudicazione provvisoria.

Sul punto, la consolidata giurisprudenza sostiene che *“in ragione della natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, e della non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990 (ex multis, Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n.6323; Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4183) - rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 09/11/2018, n.6323; Consiglio di Stato sez. V, 04/12/2017, n.5689; Consiglio di Stato sez. III, 07/07/2017, n.3359; Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67)”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6.08.2019, n. 5597).

Ebbene, nel caso di specie, nel provvedimento impugnato sono stati chiaramente esposti gli elementi di fatto dai quali si evidenzia l'insostenibilità finanziaria del progetto in parola, la quale giustifica pienamente l'esercizio dello *ius poenitendi* da parte dell'Amministrazione.

Peraltro, non appaiono decisivi in senso contrario i rilievi della ricorrente, la quale si è meramente limitata a proporre dei conteggi diversi rispetto a quelli effettuati dall'A.O.U. di Foggia, paventando la possibilità di guadagno *“nel caso di effettuazione degli interventi attesi”*, nonché quella di ipotizzare l'utilizzazione in maniera differente dei fondi europei, a fronte, tuttavia, del certo e considerevole, quanto assai lucroso, canone annuo dovuto dall'Amministrazione alla parte privata per la realizzazione della proposta di partenariato in parola.

In ogni caso, deve sottolinearsi che la valutazione effettuata dall'Amministrazione sulla sostenibilità finanziaria di un progetto e sulla sua convenienza è connotata, in generale, da un'ampia, quanto insindacabile, discrezionalità tecnica.

In effetti, i principi di contabilità e del corretto svolgimento dell'attività amministrativa impongono all'Amministrazione l'espressione di valutazioni anzitutto tecnico-professionali e, solo in secondo luogo, eventualmente comparative e ponderative d'interessi.

Ne deriva che, la possibilità del sindacato giurisdizionale delle scelte tecnico discrezionali dell'Amministrazione è, dunque, ristretta nei limitati confini del c.d. sindacato giurisdizionale debole, il quale può giungere ad esiti di annullamento solo per le ipotesi in cui dette scelte risultino essere manifestamente irrazionali, irragionevoli o – il che è lo stesso – palesemente contraddittorie.

Come sostiene la costante giurisprudenza sul punto *“deve essere ulteriormente ribadito che le valutazioni circa la sostenibilità del PEF e dell'offerta rientrano in un ambito di valutazione tecnica riservato all'amministrazione concedente, tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30.01.2023 n. 1042).

Nel caso di specie, tuttavia, la ricorrente non ha motivato in termini di manifesta illogicità o irragionevolezza, ma ha semplicemente fornito una diversa valutazione

della sostenibilità finanziaria del progetto rispetto a quella effettuata dall'Amministrazione resistente.

Pertanto, trattandosi esclusivamente di scelte rientranti nella discrezionalità della P.A., non manifestamente illogiche o irrazionali, devono valutarsi come pienamente legittime.

Ne deriva che il primo motivo di ricorso debba essere recisamente respinto.

Con riferimento al secondo motivo di gravame, non si rinviene alcuna lesione di una posizione giuridica qualificata in capo alla ricorrente da parte dell'Amministrazione. Nell'esercizio di un legittimo *ius poenitendi*, in particolare nel caso in cui non sussistano interessi di privati derivanti da provvedimenti a loro favorevoli, come nel caso di specie, l'Amministrazione gode di un'ampia discrezionalità, non essendo obbligata nemmeno ad effettuare un raffronto tra interesse pubblico e privato.

La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell'aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest'ultima ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della L. n. 241 del 1990; come sostiene la costante giurisprudenza, *“la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 06.08.2019, n. 5597).

Ebbene, nel caso di specie, posto che non è stato formalizzato dall'Amministrazione alcun provvedimento che comportasse un affidamento qualificato in capo alla ricorrente, non vi è stata alcuna lesione di un interesse legittimo in tal senso.

Pertanto, anche il secondo motivo di ricorso deve essere senza dubbio rigettato.

Con riferimento ai motivi aggiunti, in via preliminare, deve evidenziarsi che gli stessi sono palesemente inammissibili.

A ben vedere, la relazione impugnata in sé considerata ha natura di parere legale acquisito in rapporto alla lite già in atto al fine di definire la futura strategia difensiva dell'Amministrazione e non è autonomamente lesiva, mentre la deliberazione n. 513 del 5.10.2023 è, in sé, un mero atto programmatico.

Ebbene, deve ribadirsi la regola generale secondo la quale tali atti non possono essere impugnati in via autonoma e immediata, posto che tipicamente non sono idonei ad arrecare una diretta lesione alla sfera giuridica di un soggetto.

Pertanto, non può che concludersi per una declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti, così come introdotti, non sussistendo un apprezzabile interesse all'annullamento degli atti gravati, in quanto privi di per sé di natura provvedimento lesiva della specifica posizione della ricorrente, la quale, peraltro, non potrebbe ottenere alcun beneficio da una eventuale pronuncia di accoglimento.

Ad ogni modo, nel merito, con riferimento al primo motivo di gravame in via autonoma, deve anzitutto evidenziarsi che la relazione prot. n. 23771/2023, in quanto evidentemente volta a definire la strategia difensiva dell'Ente, non aggiunge ulteriori elementi alla motivazione dei provvedimenti impugnati con il ricorso principale.

Pertanto, non vi è alcun vizio di incompatibilità nell'emanazione di tale provvedimento.

Dunque, il primo motivo di gravame in via autonoma deve essere respinto.

Ancora, il secondo ed il terzo motivo di gravame in via autonoma possono essere trattati e decisi congiuntamente e, posto che sostanzialmente riflettono il contenuto del primo motivo del ricorso principale, non possono essere oggetto di alcun accoglimento.

Ad abundantiam, appare opportuno svolgere alcune considerazioni generali sulla necessaria interpretazione di tipo restrittivo cui deve essere assoggettato l'istituto del *project financing*, nelle sue varie configurazioni normative, stante il suo potenziale

contrasto con gli interessi finanziari delle collettività in cui esso venga estensivamente utilizzato.

Come è noto, nel modello generale dell'istituto del *project financing* un operatore privato, fattosi autonomamente avanti o specificamente individuato da un Ente pubblico, anticipa gli investimenti necessari alla realizzazione, allo sviluppo o alla gestione di un servizio pubblico e li recupera con gli interessi in un arco di tempo prestabilito, incamerando i flussi di cassa generati dalla gestione del servizio medesimo o canoni in vario modo strutturati, come nel caso di specie.

Esso, in generale, trovava la sua disciplina di base nel D.Lgs. n. 50/2016 Codice dei Contratti pubblici all'art. 183, sotto la rubrica "Finanza di progetto"; contenuti analoghi, se non identici, erano già inseriti all'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006.

I principali principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla qualificazione giuridica della procedura del *project financing* possono rinvenirsi in Cons. Stato, Ad. Plen. 15 aprile 2010, n. 2155, a sua volta richiamata da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1.

La più comune dottrina saluta da sempre l'istituto in esame come un'ancora di salvezza degli Enti pubblici che, per mancanza di denaro e perché in ogni caso bloccati nelle loro possibilità di spesa dal c.d. Patto di stabilità interno, hanno bisogno di realizzare investimenti di medio e lungo termine.

Resta, tuttavia, oggettivamente poco chiaro il motivo per cui se la redditività attesa di un servizio pubblico è tale da indurre un operatore privato ad investire, essa non dovrebbe *a fortiori* garantire la sostenibilità di un dato progetto ove il medesimo venga realizzato direttamente da un Ente pubblico, che su di esso, all'evidenza, non ha il problema di dover ottenere un lucro.

In altri termini, non appare facilmente comprensibile l'insieme delle ragioni in forza delle quali, in assenza di un capitale iniziale, il sistema creditizio conceda senza difficoltà credito all'operatore privato ritenendo l'attività finanziariamente sicura,

non concedendolo invece direttamente al soggetto pubblico per la realizzazione e gestione delle medesime attività.

Non è possibile in questa sede approfondire tali articolate tematiche; resta tuttavia palesemente evidente che, in assenza di un capitale iniziale da parte del soggetto che si fa promotore di un intervento di finanza di progetto, le ricadute finanziarie dell'applicazione di tale ultimo istituto finiscono strutturalmente per arrecare un evidente depauperamento a carico delle pubbliche finanze, imponendo non solo gli oneri che derivano dalla necessità di prevedere un lucro per il privato interventore, ma altresì gli ulteriori e separati oneri che sorgono dalla necessità di copertura dei tassi di interesse che il sistema creditizio imporrà all'imprenditore al fine di garantirgli la provvista finanziaria per la realizzazione del suo progetto.

In altri termini, al fine di evitare la trasformazione dei pubblici servizi in occasioni di lucro garantito per il settore creditizio in danno dell'equilibrio delle pubbliche finanze (c.d. finanziarizzazione speculativa dei pubblici servizi), occorre assoggettare l'istituto del *project financing* ad una lettura evidentemente restrittiva, essendone palese la sua oggettiva e strutturale dannosità per il pubblico erario, ove indiscriminatamente e largamente applicato, in particolare in assenza dell'impiego di risorse proprie da parte del soggetto investitore e/o promotore.

Alla luce del complesso delle ragioni che precedono, il ricorso e i motivi aggiunti devono ritenersi infondati e inammissibili.

Da ultimo, in considerazione della particolare complessità procedimentale e processuale della fattispecie in esame, oltre che della evidente peculiarità in fatto della presente controversia, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti;
- spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Consigliere

L'ESTENSORE
Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO