

Natura giuridica del *project financing*: indagine sull'applicabilità della disciplina dell'azione amministrativa alla finanza di progetto ad iniziativa privata

PASQUALE LA SELVA

(Praticante Avvocato, Dottore Magistrale in Giurisprudenza e in Scienze della Pubblica Amministrazione)

Abstract

L'istituto della finanza di progetto – ed in particolare la finanza di progetto ad iniziativa privata – è un istituto poliedrico, che muta ogni volta anche grazie ai numerosi interventi (non sempre chiarificatori) della giurisprudenza, che ammette sovente importanti deroghe all'applicazione dei più importanti principi dell'azione amministrativa di cui alla l. n. 241/1990.

Il presente contributo, pertanto, si pone l'obiettivo di indagare sulla natura giuridica dell'istituto della finanza di progetto ad iniziativa privata al fine di verificare se i principali istituti della Legge sull'azione amministrativa debbano trovare o meno applicazione. Dopo una breve premessa sulle origini anglosassoni della finanza di progetto ed una ricostruzione della disciplina europea ed italiana il lavoro, partendo dalla struttura “bifasica” dell'istituto in commento, come sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1/2012, analizza gli *step* cardine del procedimento di finanza di progetto ad iniziativa privata di cui all'art. 183, comma 15 del Codice dei contratti pubblici, affiancandoli alle principali disposizioni di cui alla l. n. 241/1990.

Nelle conclusioni vengono prospettate talune soluzioni metodologiche che le pubbliche amministrazioni, nell'ambito del procedimento di *project financing*, dovrebbero seguire nell'esercizio dei loro poteri sia di diritto pubblico che di diritto privato.

The project financing institute – and, in particular, private initiative project financing – is a multi-faceted institute, which changes every time, also thanks to

the numerous interventions (not always clarifying) of jurisprudence, which often admits important exceptions to the application of the most important principles of administrative action as per Law no. 241/1990.

The present contribution, therefore, has the objective of investigating the legal nature of the private initiative project financing institute in order to verify whether or not the main institutions of the Law on Administrative Action should be applied.

After a brief introduction on the Anglo-Saxon origins of project financing and a reconstruction of the European and Italian regulations, the work, starting from the “two-phase” structure of the institute in question, as sanctioned by the Plenary Assembly of the Italian Council of State with sentence no. 1/2012, analyzes the key steps of the private initiative project financing procedure to art. 183, paragraph 15 of the Public Contracts Code, placing them alongside the main provisions of Law no. 241/1990.

The conclusions outline some methodological solutions that public administrations, in the context of the project financing procedure, should follow in the exercise of their powers under both public and private law.

Sommario: 1. Una breve introduzione 2. Alcuni cenni circa la natura giuridica del *project financing* 3. La struttura “bifasica” del *project financing* ad iniziativa privata nella giurisprudenza 4. Indeterminatezza e pluriqualificazione degli interessi pubblici: la ricerca di indici di pubblicità dell’attività amministrativa 4.1. L’iniziativa del privato come momento d’avvio del procedimento (amministrativo) di scelta del promotore 4.2. La disponibilità del contenuto discrezionale del provvedimento di scelta del promotore: il ruolo del privato nell’attività discrezionale dell’amministrazione 4.3. Natura dei termini: verso la proponibilità dell’azione avverso il silenzio della p.a.? 4.4. Il preavviso di rigetto e la sua (in)applicabilità rispetto alla “specialità” della finanza di progetto 4.5. Le caratteristiche del provvedimento di scelta del promotore 5. Revocabilità del provvedimento e azionabilità della successiva fase di gara 6. Conclusioni.

1. Una breve introduzione

La finanza di progetto è un istituto complesso, disciplinato nel nostro ordinamento dal Codice dei contratti pubblici, che negli ultimi decenni ha trovato sempre maggiore applicazione.

La menzionata complessità riferita all’istituto in commento è accompagnata da un alone di mistero (e talvolta di confusione) che investe il *project financing*, e ciò a causa della commistione tra potere autoritativo e attività di diritto privato dell’amministrazione da un lato, e dall’intervento di finanziamenti privati nella realizzazione di opere di pubblico interesse dall’altro.

L’istituto della finanza di progetto ad iniziativa privata, così come oggi disciplinato dall’art. 183 del d.lgs. n. 50/2016, rappresenta una fattispecie a formazione progressiva che si può dividere in due parti: la prima parte è quello che si potrebbe assumere come un procedimento amministrativo, volto all’individuazione del promotore; la seconda parte è invece una vera e propria procedura ad evidenza pubblica.

Con particolare riferimento alla prima parte della fattispecie a formazione complessiva, la dottrina – ma soprattutto la giurisprudenza – l’hanno resa di volta in volta sempre più elaborata, tanto che ai giorni nostri il *project financing* sembrerebbe quasi essere un istituto autonomo, che deroga sia alle regole dell’azione amministrativa, sia alle regole delle procedure ad evidenza pubblica, come di qui a breve si dirà.

Con il presente lavoro si cercherà di spiegare, pertanto, come le categorie giuridiche classiche del nostro ordinamento possano continuare a trovare applicazione anche nei confronti di istituti

di nuova derivazione giurisprudenziale, che traggono il loro *genus* dai dettami previsti dall'ordinamento anglosassone e dal nuovo diritto dell'Unione Europea.

2. Alcuni cenni circa la natura giuridica del *project financing*

La letteratura economica anglosassone ha notoriamente definito il *project financing* come una operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito¹.

Il *project financing* consiste, in altre parole, nel finanziamento - in larga parte attraverso capitale di credito e, solo in misura ridotta, attraverso contribuzioni di capitale di rischio - di un progetto, identificato con un'iniziativa economica determinata, capace di generare flussi di cassa sufficienti per rimborsare il debito, garantendo al contempo una sufficiente remunerazione del capitale investito e del rischio assunto dai finanziatori, secondo un determinato piano finanziario².

¹ La definizione è di K.P. NEVITT, *Project Financing*, Bari, 1987, 13.

² In questi termini S.M. SAMBRI, *Project Financing, La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2013, 2. Sul *project financing* in generale, nella letteratura italiana si veda R. MAINO, *Il "project financing" nella realizzazione di opere o di interventi pubblici*, in *Economia pubblica*, nn. 9-10/1993, 427-437; U. DRAETTA, *Il "project financing" nella prassi del commercio internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, nn. 3-4/1994, 495-507; A. BRAGHÒ, *Project financing: le prospettive sul mercato italiano*, in *Bancaria*, nn. 7-8/1995, 74-83; F. BETTI, *Le esperienze realizzate in operazioni di "Project financing"*, in *Economia pubblica*, n. 4/1996, 23-44; A.M. ALBERTI, *Il coinvolgimento dei privati negli investimenti pubblici attraverso il "project financing"*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, nn. 13-14/1997, 1791-1799; F. MERUSI, *La finanza di progetto: alcune riflessioni*, in *Studi e note di economia*, n. 1/1998, 7 e ss.; S. AMBROSINO, R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 2/1999; C. GUCCIONE, *Il regolamento di attuazione della Merloni-ter. Le procedure di scelta e i requisiti del concessionario e del promotore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7/2000; F. MERUSI, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2001; F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G.F. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, 57 e ss.; A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 3/2005, 487-507; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti. Ana-*

Nell'ordinamento italiano, il *project financing* è stato concepito come un complesso di numerosi contratti³ aventi natura diversa fra loro, volti alla suddivisione dei rischi, connessi all'operazione, tra i vari operatori che vi intervengono al fine di consentire la realizzazione di un'opera pubblica senza incidere sulle finanze pubbliche, permettendo, altresì, ai finanziatori di valutare l'opportunità di finanziarla in ordine alla sua capacità ricavi derivanti dalla gestione della stessa⁴.

lisi giuridico-amministrativa, economica-finanziaria e tributaria, Torino, 2007; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 1375-1391; G.F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti*, Napoli, 2008; G.F. CARTEI, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; G. TARANTINI, *La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 153, D.lgs. n. 163/2006)*, in *federalismi.it*, n. 9/2009; G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010; F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011; M. MARIANI (a cura di), *Il Project financing. Analisi giuridica, economico-finanziaria, tecnica, tributaria, bancaria, assicurativa*, Torino, 2012; R. CORI, I. PARADISI, *Partenariato pubblico privato e "project financing": il contesto di riferimento*, in *Appalti e Contratti*, n. 4/2015, 8-49; C. LOMBARDI, *Le linee evolutive della finanza di progetto: le novità del D.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 ed i possibili risvolti pratico-giuridici per le pubbliche amministrazioni ed i privati*, in *GiustAmm.it*, n. 6/2016; P. GIAMMARIA, *Art. 183 Finanza di progetto*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017; C. MARZIALE, *Spunti in tema di revoca della dichiarazione di pubblico interesse nella procedura di "project financing"*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2018; M. PERNA, *Il project financing nel contesto del partenariato pubblico privato*, in *GiustAmm.it*, n. 2/2019.

³ Per R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondir*, Bologna, 2016, 32-38, il partenariato pubblico-privato si connota per l'atipicità dei contratti che derivano dall'applicazione dell'istituto. L'atipicità dei contratti si desumerebbe dal ruolo attivo e polifunzionale del privato, dal conseguente coinvolgimento di altri soggetti estranei all'amministrazione e, inoltre, dalla complessa allocazione del rischio finanziario. Tuttavia i recenti indirizzi volgono nel verso di una "tipizzazione" dei contratti derivanti dall'applicazione della finanza di progetto; si vedano le Linee guida per la predisposizione delle convenzioni di concessione e gestione pubblicate da ANCE, e la consultazione avviata dalla Ragioneria generale dello Stato sul documento "Guida alle Pubbliche Amministrazioni per la redazione di un Contratto di Concessione di Progettazione, Costruzione e Gestione di Opere Pubbliche in Partenariato Pubblico Privato", avente ad oggetto una bozza di "contratto tipo". Sul punto si rimanda a D. SICLARI, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2020, 591-604.

⁴ Per una analisi degli aspetti definitori e strutturali della finanza di progetto, anche

Prima di effettuare una indagine sulla natura giuridica del *project financing* si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari in ordine all'evoluzione dell'istituto.

Il *project financing*, nell'ordinamento italiano, rappresenta una *species* riconducibile al *genus* del partenariato pubblico privato⁵, la cui originaria definizione è rinvenibile nel Libro Verde del 30 aprile 2004, "Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". In tale documento, l'allora Commissione delle Comunità Europee aveva rilevato che il partenariato pubblico privato si riferisce, in generale, a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese e mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio⁶.

alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale, *cf.* S. TOMASI, *Struttura e qualificazione del project financing*, in *I contratti*, n. 5/2012, 417-429.

⁵ Sulla specificità del *project financing* quale forma di partenariato pubblico-privato, volto alla realizzazione di opere c.d. "calde" si veda G. SABBATO, *La società di progetto – Le società per la gestione dei servizi pubblici locali – Analisi del project nei vari settori*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sempre sul tema, *ex multis*, S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2017, 616-620; A. BIAGINI, *Il PPP, la concessione di lavori, di servizi e la finanza di progetto nel nuovo Codice degli appalti (d.lgs. 50/2016)*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, n. 2/2018, 23-106; P. MANTINI, *Il partenariato pubblico privato verso il contratto standard*, in *Giust.Amm.it*, n. 3/2019; M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *Giust.Amm.it*, n. 3/2018; S. AMOROSINO, *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 1/2019, 23-31.

⁶ Il documento fornisce anche gli elementi caratterizzanti il partenariato pubblico-privato, ossia: *i*) la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare; *ii*) la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati; *iii*) il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi; *iv*) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I partenariati pubblico-privati non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

A ridosso tra gli anni Novanta e Duemila del nostro secolo, il partenariato pubblico privato ha trovato un notevole sviluppo nella sfera pubblica sia per le restrizioni di bilancio cui gli Stati Membri dovevano far fronte – superate dall'intervento di finanziamenti privati al settore pubblico – sia per la volontà del potere pubblico di servirsi del *know-how* del settore privato nell'ottica del perseguimento degli interessi pubblici⁷. Tale contesto ha favorito, tra l'altro, il processo di trasformazione del ruolo dello Stato nell'economia da imprenditore a regolatore⁸.

Una prima disciplina specifica del *project financing* in Italia⁹ si è avuta a partire dalla Legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter) che ha introdotto la figura del promotore nella Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), agli artt. 37-bis al 37-nonies. Successivamente la disciplina è stata oggetto di importanti integrazioni e modifiche ad opera della Legge 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Collegato alla finanziaria 2002, anche Merloni-quater)¹⁰. Con l'intervento del Codice dei contratti pubblici

⁷ Sulla portata della finanza di progetto e sulla sua *ratio*, si veda C. MALINCONICO, *Il project financing*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, il quale ha sostenuto che il *project financing* “è molto più che una semplice tecnica di finanziamento. Si tratta piuttosto di un metodo di realizzazione di progetti infrastrutturali d'ampia portata, finora prerogativa esclusiva dello Stato”. Ed infatti, proprio a tal proposito M.G. VIVIARELLI, *Unitarietà o autonomia delle fasi del project financing: due orientamenti a confronto*, in *Il corriere del merito*, n. 1/2011, 99-106, ha rilevato che “d'altro canto il *project financing* mette in evidenza una grossa lacuna organizzativa della pubblica amministrazione essendo considerato uno strumento cui ricorrere per riempire il vuoto lasciato dal fallimento dello Stato come principale o forse anche esclusiva fonte delle risorse finanziarie per la realizzazione di infrastrutture”.

⁸ Per il caso italiano, in dottrina si è rilevato che verso la fine degli anni '90 lo Stato cominciava a rinunciare al proprio ruolo di imprenditore sia a causa della spinta comunitaria, sia per far fronte al debito pubblico, divenuto ormai insostenibile. In tal senso F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2017, 142-145. D'altronde, il fenomeno delle privatizzazioni in Italia si era verificato proprio nel tentativo di massimizzare i proventi e ridurre, conseguentemente, il debito pubblico. Sul tema si veda F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001, 13-18.

⁹ Per una analisi circa la nascita della disciplina del partenariato pubblico privato ed una ricostruzione normativa della finanza di progetto si rimanda a S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riferimento al project financing ed al contratto di disponibilità*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2012.

¹⁰ Che ha introdotto, per la prima volta, il diritto di prelazione a favore del promotore, all'esito della valutazione della proposta. La l. n. 166/2002 ha introdotto, nel testo dell'art. 37-ter, comma 1, della l. n. 109/1994, la regola in base alla quale “nella procedura negoziata di cui all'art. 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella

relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la disciplina fu riorganizzata e raccolta dagli artt. 152 al 160¹¹. Oggi la disciplina sulla finanza di progetto è riorganizzata in un'unica norma, e precisamente all'art. 183 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, mentre la disciplina relativa alla società di progetto all'art. 184 del "nuovo" codice¹².

Il *project financing* nel Codice dei contratti pubblici costituisce una forma di partenariato pubblico-privato attraverso il quale la pubblica amministrazione può affidare una concessione per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità inseriti negli strumenti di programmazione - servendosi in parte di finanziamenti privati - ponendo a base di gara il progetto di fattibilità. All'esito della procedura di gara, individuato il promotore, l'amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà di richiedere modifiche al progetto definitivo, ed in caso di mancato adeguamento, di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto definitivo presentato dal promotore, alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

La norma contempla anche la possibilità, per i soggetti privati, di presentare proposte di *project financing* all'amministrazione aggiudicatrice.

giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione". Successivamente, l'art. 24, comma 9, della l. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004) - intervenuto, in occasione di una procedura di infrazione avviata dalle Istituzioni comunitarie - ha statuito che l'avviso indicativo con il quale le Amministrazioni aggiudicatrici rendono pubblica la presenza di interventi realizzabili con capitali privati, "deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 37-quater, comma 1, lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti".

¹¹ Per una ricostruzione sulla natura giuridica del *project financing* dopo la riforma apportata dal d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, si rinvia a R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al Codice degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹² La legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modifiche, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Sblocca Cantieri), ha introdotto la possibilità per gli investitori istituzionali di cui al d.l. n. 78/2010 e per i soggetti di cui al Regolamento UE 2015/1017 di presentare le proposte di *project financing* ad iniziativa privata, associati o consorziati, qualora privi dei requisiti tecnici, con soggetti in possesso dei requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici per servizi di progettazione.

catrice per la realizzazione di opere non ricomprese negli strumenti di programmazione, la quale si pronuncia sulla sua fattibilità entro il termine perentorio di tre mesi. Anche nella circostanza di finanza di progetto ad iniziativa privata, l'Amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione, pena l'impossibilità di valutare la proposta positivamente. Il progetto di fattibilità, eventualmente modificato ed approvato, viene inserito negli strumenti di programmazione e posto a base di gara, alla quale partecipa anche il proponente, il quale, se non risulta aggiudicatario, può esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta. Viceversa, se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta.

Ciò posto, al fine di provare a compiere un'indagine sulla natura dell'istituto del *project financing*, potrebbe essere utile partire dal connotare l'attività - pubblicistica o privatistica - della pubblica amministrazione e verificare, dunque, l'effettiva applicabilità della disciplina dell'azione amministrativa all'istituto, rispetto al quale risulta tutt'ora difficile connotarne i tratti distintivi, a causa dalla sua mutevolezza e degli scostanti - e talvolta contrastanti - cambiamenti dell'indirizzo giurisprudenziale sul punto¹³.

¹³ La dottrina meno recente ha (condivisibilmente) sostenuto che il procedimento contrattuale in generale della pubblica amministrazione "non può nella sua interezza qualificarsi procedimento amministrativo in senso tradizionale, dovendo esso ricomprendere atti e comportamenti in parte riconducibili agli schemi ed alle varie tipologie dell'atto amministrativo ed in parte aventi natura meramente privatistica essendo i relativi effetti predeterminati e disciplinati dalle norme del codice civile. Tuttavia, tenuto conto della comune finalità della seriazione dei vari atti che, pur avendo natura diversa, lo compongono, l'intero complesso della attività svolta dalla pubblica amministrazione per dare vita ed esecuzione al contratto, assume la configurazione di un vero e proprio procedimento che, sebbene a natura mista, è pur tuttavia caratterizzato da presupposti e finalità unitarie.". Cfr. G. FAZIO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Vol. I, Milano, 1988, 12.

3. La struttura “bifasica” del *project financing* ad iniziativa privata nella giurisprudenza

Si è detto¹⁴ che l’istituto del *project financing* non è inquadrabile in nessuna definizione già esistente nel nostro ordinamento, ma che è costituito, comunque, da un complesso di numerosi contratti aventi cause e oggetti diversi ma facenti tutti parte di un unitario schema progettuale, legati insieme gli uni agli altri in virtù della connessione esistente tra la società di progetto (che gestisce principalmente i contratti operativi) gli istituti finanziatori (che gestiscono, invece, i contratti finanziari), l’amministrazione pubblica e gli altri soggetti eventualmente coinvolti nell’operazione.

Mentre questa interpretazione dell’istituto sembrerebbe pacifica nell’ambito della finanza di progetto ordinaria, taluni dubbi potrebbero sorgere, invece, con riferimento al *project financing* ad iniziativa privata.

La struttura “bifasica” dell’istituto – ossia la fase di selezione del promotore e la successiva fase di gara – è stata, nel corso della decade precedente, al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale afferente all’unitarietà o, in alternativa, all’autonomia dei due momenti caratterizzanti il *project financing* ad iniziativa privata. Un primo orientamento propendeva per l’unitarietà dell’istituto, in quanto l’interesse del privato ad ottenere la qualifica di promotore¹⁵ conteneva – e pertanto implicava – anche l’interesse all’aggiudicazione della concessione¹⁶; un secondo orientamento, non diffusamente accolto, sosteneva in alternativa che nelle procedure

¹⁴ Cfr. S.M. SAMBRI, *project financing*, 10-11, *op. cit.*

¹⁵ Sulla figura del promotore e la sua evoluzione normativa si rimanda a A.M. BALESTRIERI, *La sequenza di regimi nella finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2009, 525-532.

¹⁶ La giurisprudenza maggioritaria aveva rilevato che “una delle peculiarità del *project financing* consiste nella previsione di un procedimento volto all’affidamento della concessione sostanzialmente unitario, anche se articolato in due distinte fasi, la prima volta alla selezione del promotore e la seconda consistente nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito della fase precedente, con la conseguenza che risulta impugnabile solo il provvedimento conclusivo dell’intera procedura” (TAR Lazio- Roma, Sez. III, 28 luglio 2010, n. 28920; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319; Id., ord., 23 settembre 2008, nn. 4972 e 4973) in quanto “l’interesse a vedere prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi ad assumere la posizione del “promotore” nella procedura di *project financing*, pur individuabile concettualmente come distinto dall’interesse alla concessione di eseguire l’opera stessa, contiene, e necessariamente implica, anche l’interesse all’aggiudicazione, che rappresenta il valore sostanziale, il bene della vita cui tende il presentatore del progetto” (Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142).

di *project financing* il promotore assumeva una posizione di assoluta preminenza, per cui non poteva dubitarsi circa l'ammissibilità del ricorso proposto avverso gli atti con cui l'amministrazione individua il promotore, in relazione alla concretezza ed all'attualità della lesione derivante proprio dalla mancata individuazione dell'operatore economico come promotore¹⁷.

Una battuta di arresto si è avuta con la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁸ la quale, con la

¹⁷ La giurisprudenza minoritaria aveva invece rilevato che *“il promotore viene ad assumere una posizione di assoluta preminenza, sia per la conoscenza anticipata del progetto preliminare posto a base di gara, sia per la possibilità di conseguire in ogni caso l'aggiudicazione, previo adeguamento della propria proposta a quella ritenuta più conveniente dall'Amministrazione. Rilevata conseguentemente l'esistenza di un interesse, concreto ed attuale, all'immediata impugnazione degli atti con cui un'Amministrazione procede all'individuazione del promotore, il ricorso in esame deve considerarsi pienamente ammissibile, atteso che la parte ricorrente subisce una lesione immediata dalla mancata individuazione quale soggetto promotore”* (TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, 6 maggio 2010); in altra circostanza, pur tenendo conto dell'orientamento maggioritario si è sottolineato che *“il collegamento delle varie fasi dell'articolata serie procedimentale attraverso la quale si realizza il project financing, rileva ai limitati fini e nell'ottica del conseguimento del bene finale (poiché è evidente che anche nella fase dell'individuazione della proposta di pubblico interesse l'utilità finale e conclusiva cui il promotore aspira è pur sempre l'aggiudicazione della concessione), ma non impedisce che il subprocedimento di scelta del “promotore”, ex art. 154 del D.Lgs. n. 163/06, conduca ad un esito provvedimento (individuazione del “promotore”, appunto, e quindi concretizzazione di una posizione avente specifico ed autonomo rilievo, immediatamente lesivo per il soggetto escluso o pretermesso e dunque da quest'ultimo subito ed autonomamente impugnabile (cfr. CdS, V, n. 4811 dell'11.9.2007 e TAR Bologna, I, n. 1552 del 23.4.2008); [...] sostanzialmente, la posizione che si manifesta nel complesso meccanismo procedurale del project financing, è già qualificata, differenziata e suscettibile di lesione, sin dal momento di presentazione della proposta. Il proponente ha interesse alla scelta della propria proposta in luogo di quella di altri, e può quindi sicuramente censurare la determinazione in base alla quale una proposta diversa dalla sua sia stata dichiarata di pubblico interesse, poiché questo senza alcun dubbio rifluisce negativamente sulla sua posizione. Né si potrebbe pretendere che a tutela di tale posizione, ed ai fini del riconoscimento dell'interesse, il soggetto proponente pretermesso sia costretto a partecipare, ai sensi dell'art. 155 del D.Lgs. n. 163/06, alla fase successiva della gara vera e propria (che potrebbe a questo punto non più interessargli, una volta che gli sia stata negata la qualità, cui egli aspirava, di soggetto promotore) per poter censurare solo all'esito della gara stessa la lesione determinata con un atto provvedimento conclusivo di una fase precedente”* (TAR Lazio - Roma, Sez. III, 9 settembre 2008, n. 8194).

¹⁸ Ad avviso del Consiglio di Stato, Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7277, *“il collegamento sussistente tra i due sub - procedimenti in cui si articola la procedura di project financing (l'uno di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altro di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, a sua volta articolata in due sub fasi, la prima di individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose, l'altra di procedura negoziata tra tali due offerte) riguarda solo il profilo peculiare economico e di tecnica finanziaria dell'istituto (che, com'è noto, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione), ma non sembra escludere con certezza l'autonomia giuridica delle due fasi ed in particolare non*

sentenza n. 1 del 28 gennaio 2012, ha posto fine al fervido dibattito giurisprudenziale statuendo che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, predicato dall'art. 24 Cost., ed il principio di sindacabilità di tutti gli atti della pubblica amministrazione, contenuto nell'art. 113 Cost., ostano alla inammissibilità dell'immediata impugnazione del provvedimento di individuazione del promotore finanziario¹⁹. Il promotore, indubbiamente, è titolare di una posizione di vantaggio²⁰ in quanto conosce bene il progetto posto a base della successiva gara (essendone l'ideatore), rimane aggiudicatario se nella gara non vi siano altre offerte e, infine, è titolare di un diritto di prelazione²¹. Viene così riconosciuta l'au-

sembra consentire di poter ritenere che la individuazione del promotore possa essere considerato un atto meramente endoprocedimentale, incapace di produrre autonomi effetti lesivi e come tale incapace di arrecare pregiudizio immediato e concreto a chi non sia stato scelto come promotore (elementi soli che potrebbero sicuramente giustificare il differimento della tutela al momento di emanazione dell'atto finale dell'intero procedimento). [...] In presenza di tali dubbi ricostruttivi, trattandosi di un punto di diritto idonei a dar luogo a contrasti giurisprudenziali, la Sezione ritiene di dover rimettere l'affare alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'articolo 45, comma 2, del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054".

¹⁹ Per un commento ad Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1 si rinvia a G. MANFREDI, *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5/2012, 540-547; F. GUELLA, *L'impugnabilità immediata della selezione del promotore nella finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, nn. 8-9/2012, 844-851; M. MATTALIA, *La nomofilachia dell'Adunanza plenaria in materia di project financing*, in *Giurisprudenza italiana*, nn. 8-9/2012, 442-444; A. NICODEMO, *Finanza di progetto: il Consiglio di Stato si pronuncia sull'immediata impugnabilità del provvedimento di scelta del promotore*, in *Foro Amministrativo*, n. 4/2012, 821 e ss.; M. PIGNATTI, *La legittimazione e l'interesse al ricorso in materia di finanza di progetto*, in *Foro Amministrativo*, n. 4/2012, 830 e ss..

²⁰ È stato infatti rilevato che il soggetto che ha contribuito a progettare l'opera gode, senza ombra di dubbio, di un notevole vantaggio in termini di conoscenza delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, è evidente la separazione (e dunque l'autonomia) tra l'attività di progettazione e l'attività di esecuzione dell'opera. In questi termini M. MATTALIA, *Project financing, un istituto in continua evoluzione*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2011, 1206.

²¹ A sostegno di tali argomentazioni, l'Adunanza Plenaria n. 1/2012 richiama un precedente orientamento in virtù del quale "la valutazione compiuta dall'amministrazione in ordine all'interesse pubblico delle proposte presentate è certamente sindacabile dal giudice amministrativo, seppure nell'ambito del giudizio di legittimità connotato al processo. La presenza di aspetti di stretta discrezionalità amministrativa non elide la necessità di rispettare alcune essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando la valutazione delle proposte si svolge in un contesto comparativo (...), sulla base di limiti imposti dallo stesso ente pubblico ed esplicitamente correlati alla formazione di una specifica graduatoria, basata su punteggi attribuiti da una commissione imparziale e dotata di specifiche competenze tecniche" (Cons. Stato., Sez. V, 11 settembre 2007 n. 4811; Id., 23 marzo 2009 n. 1741; Cons. Stato., Ad. plen., 15 aprile 2010 n. 2155).

tonoma lesività – e la conseguente immediata impugnabilità da parte del soggetto escluso – dell’atto con cui la Stazione Appaltante dichiara la proposta non di pubblico interesse²². I giudici di Palazzo Spada, riconoscendo l’assoluta centralità della fase di scelta del promotore²³, hanno attribuito maggiore importanza alla lesività dell’atto di chiusura della prima fase, piuttosto che al “*controverso e sfumato concetto di “autonomia”*”. Ed infatti, ad avviso dell’Adunanza esistono una pluralità di elementi che inducono a ritenere l’esistenza e l’attualità della lesione.

In primo luogo, la selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara con facoltà di godere del diritto potestativo di rendersi aggiudicatario adeguando la propria proposta a quella migliore; in secondo luogo, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, non avendo consequenzialmente diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute.

Gli altri partecipanti alla successiva gara, sono dunque in una posizione di *pari*²⁴ rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore²⁵.

²² In tal senso, *cf.* Cons. Stato., Sez. V, 20 maggio 2008 n. 2355; Id., Sez. IV, 13 gennaio 2010 n. 75.

²³ Definendo la prima fase proprio come “il “*cuore*” dell’intera procedura”, così come già ricordato in passato con la decisione 15 aprile 2010, n. 2155 dell’Adunanza Plenaria, ove si è affermato che il “*procedimento di scelta del promotore sia autonomo rispetto alla successiva fase articolata in gara e procedura negoziata*” (secondo la disciplina applicabile *ratione temporis*).

²⁴ Da ciò discende, a parere dell’Adunanza, l’onere di immediata impugnazione dell’atto di scelta del promotore a pena di decadenza, non potendosi impugnare questo al termine dell’intero procedimento di *project financing*.

²⁵ L’Adunanza ha così enunciato il seguente principio di diritto: “*nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l’atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l’esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione*”.

4. Indeterminatezza e pluriqualificazione degli interessi pubblici: la ricerca di indici di pubblicità dell'attività amministrativa

La ricerca di taluni indici di pubblicità dell'attività amministrativa volta a dedurre empiricamente la natura giuridica dell'istituto del *project financing* ad iniziativa privata ci impone di partire preliminarmente dal tema degli interessi pubblici e privati.

Se si volesse provare a ragionare sulla coincidenza del perseguimento degli interessi pubblici con l'interesse del privato (dal quale potrebbe scindersi, a sua volta, un interesse di carattere puramente economico ed individualistico) alla realizzazione di una specifica opera posta alla valutazione dell'amministrazione non si può non partire, nell'ambito di questa indagine sull'applicabilità delle disposizioni sull'azione amministrativa al peculiare istituto in commento, dalle considerazioni di Giannini sul tema dell'indeterminatezza degli interessi pubblici e sulla pluriqualificazione degli stessi.

Il perseguimento degli interessi pubblici costituisce, come è noto, uno degli aspetti che ha indubbiamente segnato il passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato collettivo moderno. Giannini rileva come la materia dell'interesse pubblico aveva formato oggetto, nella scienza politica del XVIII secolo, di un intenso dibattito che aveva trovato un primo punto di approdo nel "*tratto distintivo degli interessi pubblici nell'essere interesse di tutti*"²⁶.

Attraverso tale "criterio empirico", secondo l'Autore si faceva sì che il tratto distintivo degli interessi pubblici potesse essere sempre manovrabile a seconda delle istanze cronistiche locali, ed allo stesso tempo si escludeva che potessero essere qualificati come pubblici anche gli interessi di gruppi particolari della collettività statale. La concezione teorica di interesse pubblico - che poteva distinguersi, a sua volta, in interesse pubblico nazionale e locale - già allora si discostava, tuttavia, dalla realtà, sicché molti degli interessi particolari finirono con l'essere sempre più ricondotti negli interessi generali, con conseguente passaggio allo Stato dell'onere di curarne la disciplina legislativa. Per tali ragioni, secondo Giannini, "*taluni interessi erano pubblici per una certa amministrazione comunale, mentre rimanevano privati per un'altra*", generando così una "*indeterminazione della nozione di interesse pubblico*"²⁷.

²⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 43.

²⁷ Ancora M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 44, *op. cit.*

Tale fenomeno, se lo si accostava all'avvento – come si è poc'anzi detto – dello Stato pluriclasse, dava forma a quello che Giannini definisce come un criterio di “*pubblicizzazione potenziale*” di qualsiasi interesse avente una rilevanza sociale rilevante.

In altri termini, stante la indeterminazione assoluta dei pubblici interessi, con l'avvento dello Stato pluriclasse ogni interesse particolare può potenzialmente elevarsi, oggi, ad interesse pubblico.

Nel pensiero dell'autorevole Autore, pertanto, qualunque interesse è qualificabile come pubblico se è assunto fra quelli a cui provvede un ente, anche questi qualificato come pubblico, vigendo così un principio nominalistico secondo il quale se una legge istituisce un ente pubblico per il perseguimento di uno specifico interesse, è pubblico il solo interesse individuato dalla norma attributiva del potere, e non anche gli ulteriori interessi soggettivamente ricollegabili a questo²⁸.

A ciò oggi potremmo aggiungere, inoltre, che secondo il complesso fenomeno della pluriqualificazione, una medesima disposizione si presta a tutelare interessi differenti e non necessariamente convergenti del soggetto, sicché, l'inosservanza di una stessa disposizione può tradursi in una lesione di uno specifico interesse, ma non, di certo, dell'interesse legittimo ad un esercizio del potere decisionale in senso favorevole al privato stesso²⁹, o dell'interesse, quantomeno, alla conclusione del procedimento.

Anche nella dottrina contemporanea si è osservato che il concetto di “interesse pubblico” rappresenta fonte di equivoci specie quando è utilizzato, come ormai spesso avviene (soprattutto in giurisprudenza), per indicare la *ratio* di discipline particolari che assicurano taluni vantaggi all'amministrazione nell'ambito di rapporti di diritto privato³⁰.

Emerge, così, sia il carattere indeterminato che pluriqualificato dei pubblici interessi, che determina una grande confusione, il cui

²⁸ Per ulteriori riflessioni sul tema si rinvia a M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 45-47, *op. cit.*

²⁹ Siffatta interpretazione, secondo A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 3/2018, 564, è tipica di una “*società democratica e «fluida»*, nella quale l'ampia e multiforme relazione tra cittadino e amministrazione rimanda ad una articolata considerazione degli interessi coinvolti”.

³⁰ In tal senso F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2004, 664, la quale rileva inoltre che l'interesse pubblico – inteso in senso generico – altro non sarebbe che l'interesse che è presente, per definizione, nei compiti delle pubbliche amministrazioni e che è, quindi, immanente all'intera attività di queste.

tentativo di risistemazione è, a dire di Massimo Severo Giannini, alla base di molti complicati ed inutili problemi che si incontrano nei diritti positivi.

Da ciò se ne deduce che ragionare sulla corrispondenza dell'interesse privato all'approvazione e realizzazione del progetto con l'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera eminente, al fine di dedurre indici di pubblicità dell'azione amministrativa riferita al complesso istituto del *project financing*, potrebbe non condurre ad alcuna conclusione di rilievo pratico, atteso che i due interessi trovano il momento di coincidenza solo al termine del procedimento di selezione del promotore, con l'atto di qualificazione a pubblico interesse della proposta.

Ma, al di là di tali osservazioni, resta fermo che, ad oggi, qualunque sia la natura dell'azione amministrativa - pubblicistica o privatistica - nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata, questa rimane volta, in ogni caso, al perseguimento del pubblico interesse³¹.

Tale ultimo assunto, in verità, non appare scontato ed ha, anzi, origini complesse, che trovano radice nelle prime teorizzazioni di Amorth sulla distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico, attività amministrativa di diritto privato ed attività privata³². Nel pensiero dell'Autore, la possibilità per l'amministrazione di avvalersi degli strumenti di diritto privato in luogo del provvedimento si fonda sul presupposto della capacità giuridica generale che spetta alla stessa. Se la capacità giuridica generale della pubblica amministrazione ammette la possibilità astratta che questa possa agire nelle forme del diritto privato, la facoltà di usare il contratto in sostituzione del provvedimento è però subordinata, in concreto, alla condizione che la scelta non diminuisca l'efficacia della tutela degli interessi regolati, e dunque, dell'interesse pubblico.

³¹ Cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento amministrativo*, in S. AMBROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 269.

³² Secondo A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455-556, l'attività amministrativa di diritto privato sarebbe formalmente privatistica ma sostanzialmente amministrativa, e cioè diretta alla cura dell'interesse pubblico, mentre l'attività privata di diritto privato sarebbe sia formalmente che sostanzialmente privatistica. Secondo l'Autore, tali categorie, dunque "esauriscono, integrando l'elemento formale con il sostanziale, la totalità dell'agire degli enti pubblici ed in primis dell'amministrazione statale".

Anche Giannini aveva già superato l'idea della tradizionale inconciliabilità tra interesse pubblico e diritto privato riconoscendo una capacità generale degli enti pubblici, sicché l'attività amministrativa può essere disciplinata dal diritto privato o dal diritto amministrativo, superando, quindi, la prospettiva tradizionale della necessaria coincidenza tra strumenti pubblici e interessi pubblicistici, posto che, come rileva l'Autore, un interesse pubblico può essere curato tanto da un negozio privato che con un provvedimento amministrativo³³.

Ebbene, sia grazie all'esperienza degli enti pubblici economici, sia grazie, da ultimo, al contributo di Giannini, si inizia a diffondere il principio generale per cui sia possibile perseguire interessi pubblici (patrimoniali e non) anche mediante l'utilizzo degli strumenti di diritto privato³⁴. Tra i giuspubblicisti, infatti, si diffuse (ed è diffusa ancora oggi) l'idea che il diritto privato non riguardi solo l'individuo o gli individui, ma, invece, un diritto comune di cui si possono servire anche le pubbliche amministrazioni per curare, in via diretta, gli interessi pubblici e patrimoniali³⁵.

Dopo Giannini, è stato poi rilevato come negli atti consensuali (come i contratti stipulati dall'amministrazione) il comune regolamento degli interessi dei contraenti deriverebbe dall'incontro della proposta del privato, che è atto di autonomia privata, e l'accettazione dell'amministrazione, che è atto amministrativo, senza che rilevi come ostacolo al consenso la diversità della loro qualificazione giuridica. Il primo sarebbe, pertanto, esercizio di autonomia privata, mentre il secondo sarebbe, in ogni caso, esercizio di potere discrezionale³⁶.

Sgombrato il campo di indagine da ogni elemento non apparentemente utile ai fini della presente trattazione ed accertato che la funzionalizzazione dell'attività amministrativa e la possibile conciliabilità tra interessi pubblici e interessi dei privati non ci permettono di indagare sulla natura del *project financing* ad iniziati-

³³ Così M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1962, 7.

³⁴ Cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 63.

³⁵ Di questo avviso è S.A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 22, il quale rileva l'equivoco dei giuspubblicisti dell'epoca di aver continuato a considerare il diritto privato come "sfera di esclusiva competenza dell'individuo". Il citato Autore evidenzia infatti come era diffusamente considerato che "l'interesse pubblico viene a perdere la sua posizione centrale nella ricostruzione teorica dell'organizzazione pubblica".

³⁶ F.G. COCCA, *Diritto amministrativo*, 25, *op. cit.*

va privata, sembrerebbe opportuno, a tal punto, muovere l'analisi dall'iniziativa del privato con la quale viene sottoposto all'amministrazione il progetto che si intende realizzare.

4.1. L'iniziativa dell'operatore economico come momento d'avvio del procedimento (amministrativo) di scelta del promotore

Si è già detto che gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità³⁷, corredando la proposta di tutti gli elementi previsti dalla legge. L'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici statuisce poi che “*l'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta*”.

Affidando ad una successiva analisi le considerazioni in ordine alla perentorietà del termine di tre mesi contemplato dalla norma e la presenza di taluni elementi di contingenza del procedimento di scelta del promotore con gli elementi tipici del procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/1990, sembra opportuno svolgere alcune considerazioni sull'iniziativa dell'operatore economico che intenda realizzare una specifica opera in concessione.

Da una piana lettura della norma sembrerebbe che, nell'ambito del *project financing* ad iniziativa privata, la prima fase di scelta del promotore sia riferibile ad un procedimento da definirsi “amministrativo” (o, come l'ha definito la dottrina, una fase di scelta del promotore “procedimentalizzata”³⁸), e non ad un procedimento,

³⁷ E ciò in ossequio al principio costituzionale di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. che va correlato, in questa circostanza, in uno con il principio, sempre costituzionale, di andamento, imparzialità e sostenibilità economica dell'art. 97 Cost..

³⁸ Sul punto si è detto che il *project financing* (nella disciplina applicabile *ratione temporis*, ma che possiede elementi di continuità con la disciplina attuale) rappresenta una conciliazione di due istanze: legalità dell'azione amministrativa e fruttuosa combinazione di azione pubblica e risorse private. Come rilevato da Cintioli, la fase di valutazione del promotore è una fase procedimentalizzata, anche se la norma non appare chiara in ordine alla tipologia procedurale da seguire. Ciò che resta fermo, è che ci si trova dinanzi ad un procedimento amministrativo, in cui trovano applicazione i principi generali della l. 7 agosto 1990, n. 241, e non le norme speciali riferite alle procedure ad evidenza pubblica. Cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 216.

come invece definito dalla giurisprudenza, a fattispecie progressiva. La proposta dell'operatore economico all'amministrazione aggiudicatrice, la quale dovrà obbligatoriamente pronunciarsi nel termine perentorio di tre mesi, è indubbiamente assimilabile all'istanza del privato di cui alla legge fondamentale dell'azione amministrativa, dinanzi alla quale le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, fatti salvi i casi del silenzio. Il tratto comune dei due atti di iniziativa appena citati si rinviene nell'effetto propulsivo, che costituisce in capo all'autorità destinataria un obbligo di fare³⁹, espressamente codificato nel Codice dei contratti pubblici per il primo caso, e nella l. n. 241/1990 nel secondo.

Tenuto conto della produzione del medesimo effetto propulsivo per entrambe le fattispecie, il rilievo che la proposta del privato attivi un vero e proprio procedimento amministrativo merita qualche ulteriore considerazione, specie in riferimento al procedimento amministrativo, ed agli obiettivi che questo si prefigge.

È indubbio ritenere che un procedimento al quale partecipa la pubblica amministrazione sia un procedimento da intendersi quale sequenza di atti ordinata al fine della produzione di un certo atto di carattere conclusivo, ma non vi è dubbio altresì che il procedimento amministrativo abbia un *quid pluris*, in quanto quest'ultimo rappresenta una sequenza ordinata al raccordo concreto di una pluralità di interessi, e sono proprio gli interessi (pubblici e del privato che intende realizzare un'opera per mezzo del *project financing*) a distinguere il procedimento amministrativo da altri procedimenti "comunque denominati"⁴⁰.

In altri termini, è la sussistenza del confronto tra interessi a distinguere il procedimento amministrativo da qualsivoglia altro

³⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 275, *op. cit.*, il quale, con riferimento all'obbligo di fare dell'amministrazione, ricorda che i giuristi meno recenti lo definivano come obbligo di provvedere, i più recenti come obbligo di procedere, mentre altri hanno accolto entrambe le letture a seconda delle norme, che talvolta vincolano l'attività amministrativa, altre volte lasciano margini di discrezionalità.

⁴⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 272, *op. cit.*, secondo il quale "Ciò che contraddistingue il procedimento amministrativo dagli altri procedimenti comunque denominati non è allora l'essere sequenza di atti ordinata al fine della produzione di un certo atto carattere conclusivo, poiché questa vi è per tanti altri atti di pubblici poteri (la legge, la sentenza, la costituzione del parlamento, ecc.), ma l'essere sequenza ordinata al raccordo concreto di una pluralità di interessi. Il procedimento amministrativo – si dice – è la forma delle funzioni amministrative, per significare che l'arco di svolgimento di una funzione è procedimento, in quanto ordinato all'evidenza degli interessi?".

procedimento. Ed invero in dottrina⁴¹ si ritiene che l'azione amministrativa sia il mezzo attraverso il quale le pubbliche amministrazioni provvedono alla cura degli interessi concreti ad essi affidati dall'ordinamento⁴².

Già da queste prime riflessioni sembrerebbe che il *project financing* ad iniziativa privata, nella sua prima fase di scelta del promotore, assuma le vesti di un procedimento amministrativo quale luogo di raffronto concreto tra interessi pubblici, privati e collettivi, ove avviene la composizione dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione è titolare con ogni altro interesse che sia acquisito al procedimento, e che sia ritenuto meritevole di tutela attraverso le forme di partecipazione del privato ed attraverso gli atti che concorrono nell'istruttoria procedimentale.

4.2. La disponibilità del contenuto discrezionale del provvedimento di scelta del promotore: il ruolo del privato nell'attività discrezionale dell'amministrazione

Proprio sul tema delle garanzie partecipative e sulla dialettica tra pubblico e privato, sembra utile proporre qualche considerazione sull'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti, secondo il quale, ai fini dell'approvazione del progetto, "*l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione*".

La facoltà per l'amministrazione aggiudicatrice di invitare il proponente al fine di apportare modifiche al progetto di fattibilità e determinare, di conseguenza, il contenuto discrezionale del provvedimento finale di scelta del promotore, manifesta non poche similitudini con la facoltà per l'amministrazione di concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel persegui-

⁴¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 23.

⁴² Più di recente, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1/2017, 1 e ss., ha osservato come l'impossibilità di disporre di un ordine prestabilito fra gli interessi in gioco, la generalizzazione della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e la progressiva attenuazione dei caratteri di unilateralità ed imperatività hanno reso necessario mettere in primo piano il procedimento rispetto al provvedimento. Il procedimento, infatti, opera come strumento di composizione del conflitto e di ordine fra gli interessi in gioco. Per S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 308, "*il procedimento svolge il compito — per così dire — di "superlegge" o di decisione di secondo grado, con funzione di soluzione di conflitti tra interessi collettivi, che, divenuti pubblici, si riproducono nell'amministrazione*".

mento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, così come previsto dall'art. 11, l. n. 241/1990.

In tale ottica, la nuova dimensione di "amministrazione aperta"⁴³ vede il rapporto tra p.a. e cittadino non più come un rapporto asimmetrico, ma piuttosto come paritario, ove al centro dello stesso vi è la negoziabilità del contenuto discrezionale del potere amministrativo, soprattutto in una prospettiva procedimentale e partecipatoria⁴⁴.

Così, il sempre maggiore incremento dello strumento del finanziamento quale strumento consensuale⁴⁵ utilizzato dalla pubblica amministrazione ha fatto sì che il negozio giuridico diventasse lo strumento più adeguato ad orientare l'attività dei privati per il raggiungimento di finalità di interesse pubblico, senza sacrificare l'autonomia e la libertà di impresa⁴⁶, trovando così un punto di incontro tra potere pubblicistico ed attività di impresa.

È stato osservato, infatti, come la disposizione sugli accordi attribuirebbe al soggetto privato sia la partecipazione al procedimento come ipotesi generalizzata, sia la partecipazione all'accordo accessivo al provvedimento, accordo che non solo sarebbe funzionale al provvedimento ma anche al complessivo assetto di interessi disciplinati dallo stesso e che, da quest'ultimo, resterebbe formalmente autonomo⁴⁷.

L'accordo, pertanto, rappresenterebbe lo strumento ideale per la composizione dei diversi interessi nei rapporti con i privati e la coordinazione tra amministrazioni coinvolte in obiettivi e finalità comuni, nell'ampio e complesso scenario che pone al centro sia le

⁴³ Così definita da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, 76, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Per i diritti dei cittadini, Per un diritto amministrativo paritario*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno, Trimestrale della Svinmez*, n. 4/2018, 1301-1326

⁴⁵ In effetti è stato anche osservato che i contratti di partenariato pubblico-privato, nei quali rientra la finanza di progetto, rappresentano, dopo tutto, una innovazione in quanto sono strumenti "flessibili" e "fungibili" rispetto al tipico provvedimento per la realizzazione di un interesse pubblico; inoltre, il partenariato pubblico-privato costituisce una categoria negoziale nettamente differenziata dalle categorie negoziali tradizionalmente utilizzate dalle pubbliche amministrazioni, come il contratto di appalto. Così R. DIPACE, *Il partenariato pubblico*, 59-60, *op. cit.*

⁴⁶ Cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, 176, *op. cit.*

⁴⁷ Tale interpretazione è di G. DE MAIO, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto virtuale dagli accenti virtuosi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2016, 750.

dinamiche sociali che economiche⁴⁸. A tal proposito, secondo la dottrina, il problema dell'alternatività tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione amministrativa “*va sdrammatizzato*”⁴⁹, perché le differenze di regime giuridico tra modulo pubblicistico e modulo privatistico, concepibili in astratto, risultano “*ridimensionate nella realtà dell'ordinamento positivo*”⁵⁰.

Da quanto innanzi sembrerebbe emergere, dunque, un ulteriore indice di pubblicità dell'attività amministrativa⁵¹ nella contrapposizione tra autorità e libertà, in questa sede utile ai fini della lettura in chiave critica dell'istituto del *project financing* ad iniziativa privata.

Con specifico riferimento agli accordi integrativi del provvedimento amministrativo, la dottrina⁵² gli ha attribuito volta per volta definizioni diverse, come “endoprocedimentale”, “endoprovedimentale”, “preliminare”, “determinativo”⁵³ o, ancora, “prepa-

⁴⁸ In tal senso G. MARONGIU, *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. Considerazioni preliminari*, in A. MASUCCI, a cura di, *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 15, e A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, 76, *op. cit.*

⁴⁹ Cfr. M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4/2019, 674 e ss.

⁵⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto Amministrativo*, 242; cfr. altresì R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, 137 e ss..

⁵¹ Sulla natura pubblicistica degli accordi ai sensi dell'art. 11, l. n. 241/1990 si rinvia a F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017, 86-88 ove, sul tema della tradizionale contrapposizione tra autorità e libertà, osserva che “*il comma 1-bis dell'art. 1 e l'art. 11 hanno riguardo ad ambiti diversi: le ipotesi di cui all'articolo 11 ricadono, infatti, in quanto riferite a poteri autoritativi negoziabili solo nelle forme degli accordi, nell'ambito delle eccezioni al principio di uso del diritto privato. Il comma 1-bis non afferma affatto che il potere autoritativo è sempre negoziabile direttamente, limitandosi ad indicare il diritto privato come il diritto “normale” delle esplicazioni non autoritative, mentre le manifestazioni autoritative continuano ad essere negoziabili soltanto con le modalità di cui all'art. 11. D'altronde, se anche il potere autoritativo fosse sempre disponibile con strumenti di diritto comune “puri”, non avrebbe più senso la disposizione sugli accordi*”. Nel determinare, dunque, quando si manifesta veramente il potere autoritativo (e quindi l'attività di diritto pubblico della p.a.) l'Autore afferma che “*sono perciò autoritativi tutti gli atti che contengono scelte circa l'assetto degli interessi, e cioè tutti gli atti discrezionali, sempre che la legge non disponga diversamente attribuendo a fattispecie vincolate carattere provvedimentale riservato*”.

⁵² Per una ricostruzione delle varie dizioni utilizzate si rinvia a C. MARAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, 3.

⁵³ In tal senso A. DE ROBERTO, *La tutela giurisdizionale nei procedimenti e negli accordi*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997, 311.

ratorio”, “procedimentale”. Orbene, sia nel caso degli accordi integrativi, sia nel caso degli accordi sostitutivi, si tratta pur sempre di accordi facoltativi, atteso che l’amministrazione si riserva comunque la possibilità dell’agire unilaterale⁵⁴.

Ma, andando oltre, gli accordi integrativi potrebbero addirittura essere interpretati, inoltre, come contenuto del provvedimento che la parte pubblica andrà ad adottare in esecuzione di un vero obbligo giuridico il cui adempimento sarà conseguibile anche in via contenziosa⁵⁵.

Le molteplici forme che possono assumere gli accordi integrativi del provvedimento amministrativo – da ritenersi, pertanto, accordi procedurali – consentono agli stessi di determinare i tempi del procedimento ed il grado di approfondimento istruttorio da porre in essere per addivenire al provvedimento⁵⁶. La dimensione negoziale, infatti, costituisce la via più appropriata per affrontare situazioni ed operazioni complesse e non standardizzabili⁵⁷, proprio come avviene nel caso della finanza di progetto ad iniziativa privata, ove le sole competenze delle amministrazioni non sono sufficienti per soddisfare i nuovi interessi pubblici, sempre più indirizzati nella direzione del progresso tecnologico.

In questa prospettiva dell’accordo tra amministrazione e privato, circostanziato alla finanza di progetto la cui applicazione sfocia,

⁵⁴ Così G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 82.

⁵⁵ In tal senso E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 215.

⁵⁶ Cfr. G. DE MAIO, *Gli accordi*, cit., 751, secondo la quale, a titolo di esempio (per certi versi coincidente con l’istituto oggetto d’indagine), può citarsi l’art. 9, comma 3, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, come novellato dall’art. 1 del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, che ammette il proponente di progetti che possono avere impatti significativi sull’ambiente e sul patrimonio culturale a concludere accordi con le amministrazioni pubbliche interessate per disciplinare lo svolgimento delle attività di interesse comune ai fini della semplificazione e della maggiore efficacia dei procedimenti.

⁵⁷ Autorevole dottrina rileva infatti che gli atti di negoziazione del contenuto discrezionale del provvedimento costituiscono “*atti procedurali di formazione della volontà del provvedimento secondo un modulo convenzionale*”. Tali atti non sono propri del solo procedimento amministrativo, ma anche di tutti gli altri procedimenti costituzionali ed amministrativi. Pertanto, “*che la volontà in un atto autoritativo si formi mediante moduli convenzionali tra l’autorità competente all’atto ed altre figure soggettive, le quali possono essere altre autorità o privati, non è cosa che ripugna alla natura autoritativa dell’atto, non è cioè innaturale, come molti ritenevano; anzi è da considerare in termini positivi, e nel futuro avrà certamente disciplina sempre più accurata, perché dovendosi, con l’atto autoritativo comporre più interessi, in ordine ai risultati sostanziali è preferibile la composizione negoziata a quella imposta*”. In questi termini M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1970, 876.

nella fase conclusiva, nella stipula del contratto, è sicuramente opportuno – una volta giunti a questo punto dell’indagine – citare anche la dottrina di Francesco Paolo Pugliese sul tema dei contratti e degli accordi tra amministrazione e privati.

Secondo l’Autorevole autore, il contratto, più che come disciplina giuridica, dovrebbe essere inteso come principio cui si deve ispirare l’azione amministrativa. In particolare – secondo Pugliese – la contrattazione consisterebbe nella formazione graduale partecipativa dell’oggetto giuridico (contenuto) nel provvedimento, in quanto programma di disciplina del rapporto giuridico complesso susseguente. E perciò, da una fase di tipo procedimentale possono scaturire diverse manifestazioni, anche consensuali, della potestà pubblica senza che per ciò solo venga meno l’esercizio del potere medesimo. La forma contrattuale si modula a seconda del tipo di interesse pubblico da curare⁵⁸.

In sostanza, secondo Pugliese, vi sarebbe un nesso tra procedimento, negoziazione e composizione degli interessi pubblici e privati che condurrebbe ad una vera e propria “formazione contrattata del rapporto” e alla coesistenza in un medesimo procedimento di “fatti d’autorità e di momenti negoziali”.

Dopo tutto, a conclusioni non dissimili perviene anche il pensiero di Mario Nigro, secondo il quale il potere amministrativo sarebbe strutturalmente elastico e trasformabile in relazione alle circostanze esterne, sicché la negoziabilità del potere non sarebbe ostacolata dalla commistione di un interesse pubblico con un interesse privato, posto che l’interesse privato è elemento essenziale di determinazione dell’interesse pubblico inteso in una prospettiva concreta⁵⁹. Nigro sottolinea inoltre l’importanza che il negozio stava ormai acquisendo, sia in un’ottica di maggiore efficienza, sia al fine di assicurare una nuova legittimazione dei poteri pubblici, concludendo con la possibilità di prevedere e disciplinare non solo accordi concernenti lo svolgimento di servizi, ma anche accordi relativi allo svolgimento di funzioni⁶⁰.

⁵⁸ Secondo F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e “contrattazione”*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, 1469, non solo il potere amministrativo, anche se esercitato per il tramite di strumenti consensuali, non possa trasformarsi in potere privato, ma, per di più, il requisito dell’*imperium* non sarebbe affatto essenziale per descrivere il potere amministrativo.

⁵⁹ M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978, 45.

⁶⁰ Così M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche*, 86, *op. cit.*.

In prospettiva, pertanto, il contratto dovrà essere visto come una tecnica o principio flessibile, in grado di adattarsi alle diverse esigenze dell'amministrazione, sino a permeare la stessa struttura del potere e del procedimento amministrativo⁶¹.

È così che, da tutte le riflessioni che precedono, emergerebbero, ancora una volta, la funzionalizzazione e la doverosità dell'attività amministrativa in regime pubblicistico per la formazione del provvedimento amministrativo, che sarà poi necessario alla stipula di un contratto, senza che ciò vada a scalfire l'attività autoritativa della pubblica amministrazione.

4.3. Natura dei termini: verso la proponibilità dell'azione avverso il silenzio della p.a.?

L'art. 183 del Codice dei contratti prosegue statuendo che "*l'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta*". L'indagine sulla natura dell'istituto del *project financing* ad iniziativa privata ci spinge ad effettuare una analisi anche sulla natura dei termini in parola e sugli eventuali effetti derivanti dal mancato rispetto degli stessi.

È noto che, nell'ambito del procedimento amministrativo, i termini finali ed endoprocedimentali hanno, di regola, natura ordinatoria, perché la loro scadenza non comporta la decadenza dal potere/dovere di provvedere né rende illegittimo il provvedimento emanato in ritardo. Potrebbe sembrare dunque errato affermare che il procedimento di scelta del promotore sia un procedimento amministrativo, attesa l'incongruenza tra il termine perentorio dell'istituto in commento e la regola generale sul termine ordinatorio nell'ambito dei procedimenti amministrativi.

Ed invero, vi sono alcune fattispecie procedimentalizzate che contemplano la natura perentoria dei termini per l'emanazione di provvedimenti amministrativi. Si prenda, a titolo di esempio, il procedimento per l'emanazione del provvedimento di dichiarazione di pubblica utilità. L'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio è condizionato dalla partecipazione dei privati, ai quali viene dato avviso di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. n. 327/2001 onde consentirgli di formulare osservazioni entro i successivi trenta giorni. La dichiarazione di pubblica utilità, poi, ha un'efficacia temporalmente limitata, entro la quale do-

⁶¹ In questi termini A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, 79, *op. cit.*

vrà emanarsi il decreto di esproprio⁶². La scadenza di tale termine comporta l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità nonché l'inefficacia del decreto di esproprio tardivamente emanato⁶³. Costituisce notazione comune la circostanza per la quale la natura ordinatoria dei termini rappresenta una regola generale, ma non esclusiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo. La scelta della natura dei termini procedurali che il Legislatore compie dipendono non solo dall'incidenza di altri diritti soggettivi esistenti nell'ordinamento sugli interessi legittimi, ma anche dal sistema dei "pesi e contrappesi", che differenzia il diritto amministrativo da tutte le altre branche del diritto, non limitandosi a contenere un sistema di diritti, garanzie e tutele nel rapporto intercorrente tra molteplici soggetti, ma contempla (anzitutto) e tutela anche la figura del controinteressato, apparentemente estraneo al rapporto.

Così come, nell'ambito delle espropriazioni per pubblica utilità, l'apposizione di un vincolo nell'interesse pubblico non può incidere *sine die* sul diritto di proprietà, anche la dichiarazione di pubblica utilità di un'opera non può restare sospesa *sine die*, incidendo immotivatamente sulla libertà di iniziativa economica.

Ebbene, circa il termine perentorio di tre mesi entro il quale l'amministrazione deve pronunciarsi sulla fattibilità della proposta,

⁶² L'art. 13, comma 3, del D.P.R. n. 327/2001 prevede infatti che "Nel provvedimento che comporta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera può essere stabilito il termine entro il quale il decreto di esproprio va emanato".

⁶³ Cfr. TAR Sicilia - Catania, Sez. II, 3 maggio 2019, n. 994, secondo cui "Come rilevato dalla giurisprudenza (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 10 giugno 2009 n. 3192), la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità - ai sensi dell'art. 13, comma terzo, della L. 25 giugno 1865, n. 2359, comportava - così come ora espressamente previsto dall'art. 13, comma 6, del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 - la sua sopravvenuta inefficacia e la conseguente illiceità del possesso del terreno, a suo tempo oggetto della ordinanza di occupazione d'urgenza; di conseguenza il decreto di esproprio, qualora sia emesso oltre la scadenza del termine finale per il completamento della procedura espropriativa, deve essere dichiarato tardivo e tamquam non esset: ciò, sia in base all'art. 13 della L. n. 2359 del 1865, sia in base all'art. 13 del D.P.R. n. 327 del 2001 (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. VI, 28 marzo 2012, n. 1835 e 26 luglio 2011, n. 4457). Infatti, rispetto al diritto reale vantato dal proprietario, nel caso in cui il decreto di esproprio sia mancante, o tardivo in quanto emesso dopo la scadenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, si è in presenza di un potere validamente sorto ma, in relazione alla sua struttura essenzialmente di durata, colpito da nullità sopravvenuta, la quale va a sanzionare ex nunc una disfunzione dell'andamento amministrativo per il suo cattivo esercizio, non essendo stati rispettati i termini e operando, quindi, l'inefficacia sugli effetti futuri, o meglio sulla operatività dei suoi presupposti - vincolo urbanistico e/o dichiarazione di pubblica utilità (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 dicembre 2007, n. 6560)".

la giurisprudenza ha rimarcato che questo sia posto a garanzia dell'istante, al fine di sollecitare l'amministrazione ad un esame tempestivo del progetto, onde evitare di far decadere la proposta⁶⁴. Laddove l'amministrazione non si pronunci nel termine stabilito dalla legge, si forma, dunque, il cd. "silenzio-inadempimento", avverso il quale è ammessa la tutela giurisdizionale. È da escludere che si possa formare, in tale fattispecie, una ipotesi di silenzio significativo (ossia silenzio assenso o silenzio diniego), atteso che l'art. 183 del Codice dei contratti omette di qualificare la natura dello stesso.

Si pone allora il problema di comprendere se, nel caso di violazione di un termine perentorio previsto per legge (scaduto il quale si esaurisce il potere della p.a.), sia possibile adire l'autorità giudiziaria per accertare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere. L'azione avverso il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a. costituisce – come detto – una azione di mero accertamento, che permette agli interessati di sentir dichiarare l'obbligo dell'amministrazione di provvedere, ma dal tenore della norma sembrerebbe rendersi applicabile esclusivamente alle fattispecie in cui l'amministrazione sia rimasta inerte, ma sia ancora titolare del potere di emanare il provvedimento, seppur in ritardo (come nella fattispecie dei termini ordinatori). Il comma 2 dell'art. 31 c.p.a. prevede infatti che "*l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento*", il che presuppone che la legge permette alla p.a. inadempiente di poter provvedere anche in ritardo, cosa inammissibile nell'ambito dei termini perentori, ove il potere – di regola – si esaurisce. La dottrina più attenta ha infatti sottolineato che l'inadempimento dell'obbligo di provvedere non fa venir meno il potere-dovere di provvedere, considerata – di regola – la natura ordinatoria dei termini⁶⁵. Ciò presuppone, per deduzione, che qualora i termini dovessero essere

⁶⁴ Così TAR Lazio - Roma, Sez. II-bis, 28 maggio 2018, n. 5954: "*Al riguardo deve, inoltre, osservarsi che il termine prescritto dall'art. 183 c. 15 d.lgs. n. 50/2016 come perentorio risulta, comunque, fissato a garanzia e in favore del soggetto presentatore della proposta, al fine di sollecitare l'Amministrazione ad un esame tempestivo dei progetti ricevuti e non a sfavore del proponente, così da far decadere la sua proposta in caso di scadenza (similmente alla fissazione della durata dell'effetto vincolante dell'offerta nelle gare pubbliche, prevista al comma 4 dell'art. 32 del d.lgs.n. 50/2016, "per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione", anch'essa stabilita a tutela e non a pregiudizio del concorrente che ha formulato l'offerta)*". Dello stesso avviso anche TAR Piemonte - Torino, Sez. I, 4 aprile 2019, n. 394.

⁶⁵ Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2018, 252.

perentori, il potere della p.a. si esaurirebbe, per cui l'eventuale esercizio di un'azione avverso il silenzio produrrebbe l'imprevedibile effetto di "rimettere in termini" la pubblica amministrazione e consentirle di emanare il provvedimento, a seguito di un ulteriore ed eventuale giudizio di ottemperanza di una sentenza che abbia precedentemente accertato l'obbligo di provvedere della p.a..

Per quanto tale ricostruzione possa risultare alquanto barocca, parte della giurisprudenza - in una fattispecie diversa, ma riferita proprio alla natura perentoria dei termini procedurali - si è espressa nel senso che, nonostante l'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) qualifichi come perentori i termini assegnati alla Soprintendenza ed alla Regione rispettivamente per rendere il parere e per concludere il procedimento di autorizzazione paesaggistica in sanatoria, l'inutile decorso non comporta la perdita, in capo all'amministrazione, del potere di provvedere sull'istanza ad essa rivolta, pertanto, l'inerzia dell'una e dell'altra è qualificabile come silenzio-inadempimento, lasciando inalterato il loro potere-dovere di provvedere, ancorché tardivamente⁶⁶.

Se dunque - come si è detto - da un lato sembrerebbe inammissibile la proponibilità dell'azione avverso silenzio nel caso in cui la p.a. sia rimasta inerte rispetto a termini di natura perentoria, in quanto ciò consentirebbe di rievocare un potere decaduto, dall'altro, parte della giurisprudenza ritiene che ciò, al contrario, sia possibile.

Tuttavia, sempre la giurisprudenza pronunciatisi in tema di finanza di progetto ad iniziativa privata *ex* art. 153, comma 19 del vecchio Codice degli appalti, ha rilevato che, nella disciplina applicabile *ratione temporis*, il termine procedimentale entro il quale la pubblica amministrazione doveva valutare la fattibilità delle proposte, in assenza di qualificazione perentoria espressa, doveva ritenersi ordinatorio⁶⁷. Ed infatti, laddove l'amministrazione non

⁶⁶ In questi termini TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 24 gennaio 2013, n. 141; TAR Veneto, Venezia Sez. II, 06 agosto 2012, n. 1122; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 16 aprile 2012, n. 382.

⁶⁷ Sul punto, il TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 1 settembre 2015, n. 955 ha osservato che "È principio generale, derivante dal quello di legalità, che un termine possa qualificarsi come perentorio quando sia espressamente qualificato come tale ovvero quando sia prevista la comminatoria di esclusioni o decadenze; lo stesso termine, ove non sia indicato come perentorio, ha funzione solo acceleratoria, cosicché il suo superamento non comporta la decadenza della potestà amministrativa o l'illegittimità del provvedimento". Dello stesso orientamento, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI,

avesse valutato l'interesse pubblico entro tre mesi dalla presentazione della proposta, il privato avrebbe potuto scegliere se comunicare alla p.a. di non ritenersi più vincolato alla propria proposta oppure avrebbe potuto azionare il rimedio del silenzio, al fine di costringere l'amministrazione a concludere il procedimento⁶⁸.

Malgrado l'incertezza desumibile dalla giurisprudenza analizzata, si è dell'avviso che, per come formulata la disposizione del Codice dei contratti con riferimento alla natura del termine di pronuncia circa la fattibilità della proposta, resti comunque preclusa la proponibilità dell'azione avverso il silenzio in caso di violazione di termini perentori, per cui, così come nell'esempio precedentemente citato, l'emanazione tardiva del decreto di esproprio lo rende inefficace, allo stesso modo la pronuncia tardiva della p.a. sulla fattibilità di una proposta rende inefficace il provvedimento di scelta del promotore, ferma restando la possibilità per il privato di riproporre il progetto.

Il privato proponente avrà, dunque, due vie da percorrere per tutelarsi avverso l'inerzia dell'amministrazione: in prima battuta, sollecitare la p.a. nell'arco dei tre mesi al fine di non far spirare inutilmente il termine; in alternativa, scaduti i termini, potrà proporre la sola azione per il risarcimento del danno *ex art. 30 c.p.a.* Pare tuttavia che le due forme di tutela siano collegate tra loro, proprio in ragione del fatto che la lettera della norma non ammetterebbe alcuna forma di risarcimento laddove, nella valutazione "*del comportamento complessivo delle parti*" da parte del giudice, il privato non abbia utilizzato l'ordinaria diligenza, in modo da evitare il danno⁶⁹.

Rilevata l'antinomia e stante l'incertezza della qualificazione del silenzio, appare dunque opportuno porre in luce l'equivoco in cui è caduto il Legislatore il quale, nell'erroneo convincimento di offrire maggiori garanzie al proponente, ha qualificato il termine di valutazione della fattibilità della proposta quale perentorio. Al contrario, a prescindere dalla natura del silenzio, qualora il termine anzidetto fosse stato qualificato come ordinatorio, l'am-

13 marzo 2013, n. 1511; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 12 novembre 2013, n. 528; TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 8 ottobre 2013, n. 1346.

⁶⁸ Così TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 31 agosto 2018, n. 977, che ha trovato poi conferma in Cons. Stato, Sez. V, 6 novembre 2019, n. 7587.

⁶⁹ Per tali riflessioni, e sul tema della cd. "pregiudiziale amministrativa" si rimanda a F. LIGUORI, *Liberalizzazione*, 136-137 *op. cit.*

ministrazione non si sarebbe imbattuta in nessun caso nella caducazione del potere di provvedere, sicché l'istante avrebbe avuto a disposizione un più ampio ventaglio di strumenti di tutela al fine di ottenere il risultato sperato o veder condannare l'amministrazione all'obbligo di provvedere⁷⁰.

Come infatti rileva autorevole dottrina, il silenzio assenso nasce per rimediare al comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione con il quale questa disattende il dovere di esercitare la funzione⁷¹.

Tuttavia, anche attraverso tale impostazione, il modello provvedimentale non viene superato, tanto che l'amministrazione rimane titolare del potere di esercitare la funzione, almeno fino al termine procedimentale fissato *ex lege*, ovvero fino al formarsi del silenzio assenso⁷².

Pertanto, il rimedio del silenzio assenso nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata, di certo consentirebbe la prosecuzione del procedimento, ma, d'altro canto, non contribuirebbe a porre fine al dibattito – che ben può riguardare anche l'istituto in

⁷⁰ Costituisce, tuttavia, un primo approdo importante il comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, avente ad oggetto “*Obbligo di concludere le procedure di gara avviate mediante project financing mediante provvedimento espresso*” dell'11 novembre 2020, con il quale si è rilevato che, nell'ambito della ordinaria attività di vigilanza sugli affidamenti mediante *project financing*, malgrado l'interesse del mercato verso gli strumenti di PPP sia in costante crescita, talune procedure di gara si concludono senza l'assegnazione dell'affidamento, come accade, in specie, nell'ambito del *project financing* ad iniziativa privata. Nel ritenere opportuno che la legittima intenzione di non proseguire un certo progetto sia espressa in un provvedimento adeguatamente pubblicizzato e motivato, l'ANAC ha affermato che “*in considerazione dell'impegno del promotore ed alla luce dei principii di trasparenza, correttezza, legittimo affidamento, economicità dell'azione amministrativa (cristallizzati nell'art. 30, d.lgs. 50/2016), si richiama l'attenzione delle amministrazioni sulla necessità che la procedura di gara per l'affidamento di un project financing ad iniziativa privata, ove non aggiudicata, sia comunque conclusa da un provvedimento espresso tempestivo nel quale si dia conto delle ragioni che hanno determinato la mancata aggiudicazione e delle conseguenti iniziative che l'amministrazione intende intraprendere, anche in coerenza con l'art. 183 del d.lgs. 50 del 2016*”. In effetti, la successiva delibera ANAC n. 329 del 21 aprile 2021 ha espressamente confermato che “*con riferimento alla procedura di project financing a iniziativa privata, alla luce dell'indirizzo espresso dal giudice amministrativo, le amministrazioni sono tenute a concludere il procedimento di valutazione di fattibilità, sia essa positiva che negativa, delle proposte degli operatori economici di cui all'art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016 con l'adozione di un provvedimento amministrativo espresso e motivato ai sensi della l. 241/1990*”.

⁷¹ In tal senso F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.

⁷² Cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *federalismi.it*, n. 10/2020, 28.

analisi – riguardante le fuggevoli differenze tra l'onere di provvedere ed il dovere di provvedere in capo alla p.a.⁷³.

4.4. Il preavviso di rigetto e la sua (in)applicabilità rispetto alla “specialità” della finanza di progetto

Nei procedimenti ad istanza di parte, l'autorità amministrativa competente ad accogliere la domanda è tenuta ad attivare, ove mai dall'istruttoria emergessero i presupposti per il rigetto dell'istanza da formalizzarsi in un provvedimento negativo, una fase supplementare di contraddittorio. All'istante, quindi, vengono comunicati i motivi che ostano all'accoglimento della domanda ai sensi dell'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990. A tali motivi, l'istante ha a disposizione dieci giorni per presentare osservazioni scritte e documenti. L'eventuale provvedimento finale negativo che rigetta l'istanza, dovrà tenere conto – nella parte motiva – delle ragioni del mancato accoglimento e delle osservazioni eventualmente presentate dal privato.

La norma sottolinea che tali disposizioni non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

Stando alla lettera della norma, sembrerebbe che, al di fuori dei casi elencati, l'istituto trovi sempre applicazione ogni qualvolta l'istanza di un privato avvii un procedimento, compresa l'istanza con la

⁷³ In dottrina si è infatti rilevato che il dovere di provvedere in capo alla p.a., sancito dall'art. 2 della l. n. 241/1990 trova un espresso limite nel successivo art. 20 della stessa Legge. Aderendo alla tesi originaria del silenzio assenso (ormai superata), secondo la quale il silenzio significativo avrebbe rappresentato un atto tacito, l'inerzia non avrebbe potuto causare anche la violazione di un dovere di provvedere. Tuttavia, anche aderendo all'orientamento oggi dominante, secondo il quale il silenzio assenso rappresenterebbe invero un mero fatto giuridico (escludendo dunque che gli effetti prodottisi dal silenzio siano equiparabili a quelli di un provvedimento espresso), sarebbe da escludersi un vero e proprio obbligo di provvedere in capo alla p.a., ma soltanto un “onere” di concludere il procedimento con una decisione espressa, in quanto la capacità normativamente riconosciuta all'inerzia non consentirebbe di qualificare la stessa in termini di omissione di un dovere vero e proprio. In questi termini M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere*, *op. cit.*, il quale conclude ritenendo che sia maggiormente convincente la tesi che individua nel silenzio significativo un rimedio ad una violazione di un dovere giuridico; sul tema, si rinvia anche a S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 24 e ss.; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, *op. cit.*

quale si propone una finanza di progetto ad iniziativa privata⁷⁴. Invero, nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata, la recente giurisprudenza, invece, non è dell'avviso che trovi applicazione l'istituto del preavviso di rigetto, attesa la specialità della disciplina dettata dall'art. 183 del Codice dei contratti pubblici e l'incompatibilità esistente tra ampia discrezionalità amministrativa, da un lato, e comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della proposta, dall'altro⁷⁵.

Le argomentazioni messe in atto dalla giurisprudenza appaiono poco convincenti nella misura in cui ammettono la deroga della disciplina pubblicistica dinanzi ad una non meglio delineata specialità dell'istituto. In tema di deroga alla disciplina pubblicistica, è noto che l'attività amministrativa si distingue per la sua natura autoritativa, che trova la sua più alta espressione attraverso l'esercizio della discrezionalità, ampiamente presente – come pacificamente rilevato dalla stessa giurisprudenza – nella fase di valutazione della proposta del privato. Al contrario, qualora l'attività amministrativa sia di natura non autoritativa – per cui l'amministrazione opera, ad esempio, attraverso gli strumenti del diritto privato, ove è assente (almeno durante l'esecuzione dell'attività amministrativa) l'esercizio della discrezionalità della p.a. – è possibile derogare alla disciplina generale dell'azione amministrativa⁷⁶.

Emerge così l'elemento in presenza del quale è ammissibile una deroga della disciplina di cui alla l. n. 241/1990, ossia l'assenza di attività autoritativa e discrezionale.

Ritenere, pertanto, che l'istituto del preavviso di rigetto sia dero-

⁷⁴ È proprio di questo avviso l'isolata (ma condivisibile) pronuncia del TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 21 aprile 2008, n. 246 nella quale si evidenzia che il “segmento procedimentale” nel quale l'amministrazione si pronuncia circa la fattibilità della proposta precede la “procedura concorsuale effettiva”, *“la quale si instaura, com'è noto, solo allorquando l'Amministrazione aggiudicatrice abbia già dichiarato la pubblica utilità del progetto del proponente [...] ed anche indetto la gara per l'aggiudicazione dell'opera”*, concludendo, in definitiva, nel senso che non può essere esclusa l'applicazione del preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis della l. n. 241/1990.

⁷⁵ TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 21 novembre 2019, n. 1593; TRGA Bolzano, 5 febbraio 2019, n. 23; TAR Toscana, Sez. I, sent. 28 febbraio 2018, n. 328.

⁷⁶ F. LIGUORI, *Liberalizzazioni*, 90, cit., ove si rileva che *“l'attività autoritativa si identifica con le scelte discrezionali ed è pubblicistica per sua natura”*, mentre, dall'altro lato *“il diritto privato serve dunque ad eseguire scelte discrezionali già compiute, così come l'attività vincolata a rendere effettive scelte già operate dal legislatore e dalla stessa amministrazione”*.

gabibile in ragione della specialità dell'istituto, piuttosto che in ragione dell'assenza di attività discrezionale, comporterebbe l'effetto di creare una confusione interpretativa e dare vita, ogni volta e a seconda dei casi, ad una specifica disciplina pubblicistica relativa ad una attività amministrativa a regime speciale.

In altri termini, la disciplina pubblicistica è derogabile laddove sia assente l'attività amministrativa discrezionale, e non ogni qualvolta emergano elementi di specificità, perché se così fosse, la disciplina sull'azione amministrativa di cui alla l. n. 241/1990 non avrebbe ragion d'essere.

Oltre le chiavi di lettura proposte dalla giurisprudenza, l'art. 183 del Codice a più riprese offre la possibilità alle amministrazioni di chiedere modifiche ed integrazioni del progetto presentato, per cui non avrebbe ragione fondata la volontà della giurisprudenza di escludere l'applicazione del preavviso di rigetto, atteso che già la norma, così come scritta, fornisce in un certo qual modo le stesse garanzie del preavviso di rigetto, ma sotto la diversa forma dell'invito ad apportare le "modifiche necessarie per la sua approvazione".

Vero è che la disciplina generale dell'azione amministrativa di cui alla l. n. 241/1990 non sia da sola sufficiente a disciplinare tutta l'azione amministrativa, ma anche vero è che questa debba essere integrata dalla disciplina di settore, ove la prima risulti carente, e non superata da principi di diritto paralleli di derivazione puramente giurisprudenziale, perché ciò costituirebbe una lesione del principio di legalità sostanziale.

4.5. Le caratteristiche del provvedimento di scelta del promotore

Nei paragrafi precedenti si è provato a dimostrare che il procedimento di scelta del promotore sia effettivamente un procedimento amministrativo che, in quanto tale, trova conclusione nell'emanazione di un provvedimento.

Se si volesse tentare di comprendere - al di là delle varie pronunce della giurisprudenza sul tema che avevano dato peso preponderante alla posizione di vantaggio del promotore - se l'atto di scelta del promotore sia un atto amministrativo frutto dell'esercizio della potestà amministrativa, e dunque in quanto tale autonomamente impugnabile in quanto sottoposto al controllo

di legittimità del giudice amministrativo, potremmo partire dalla teoria originaria del provvedimento amministrativo, secondo la quale, se la potestà amministrativa è una potestà funzionalizzata e se la funzione amministrativa è procedimentalizzata, l'atto con cui si esprime la potestà attraverso il procedimento non può che essere un atto fortemente vincolato nei suoi elementi componenti. Si è inoltre detto che la manifestazione della discrezionalità connatura una tipica attività di rilevanza pubblicistica. D'altronde, allo stato attuale, l'art. 183 del Codice dei contratti pubblici attribuisce specificamente una funzione alla pubblica amministrazione.

Prima di procedere alla analisi delle caratteristiche del provvedimento di scelta del promotore, appare opportuno enucleare talune definizioni di provvedimento amministrativo.

Secondo una definizione tradizionale, il provvedimento amministrativo è una manifestazione concreta di un potere d'impero; l'Autore ha offerto anche una definizione parafrasata di provvedimento, ossia il risultato della manifestazione di una pubblica amministrazione di voler rendere attuale un potere d'impero astrattamente statuito da una norma in corrispondenza del verificarsi di una determinata situazione di fatto⁷⁷.

Altra definizione classica ha invece inteso il provvedimento amministrativo quale atto di potere pubblico che caratterizzato dal tendere a realizzare le singole, tipiche, esigenze pubbliche che attraverso ciascuno di essi l'ordinamento vuole soddisfatte, ed è accompagnato da una forza giuridica *sui generis*, trattandosi di atto che innova nelle posizioni e nei rapporti giuridici in modo autoritativo. Così, provvedimenti amministrativi sono gli atti autoritativi, tipici e nominati preordinati alla realizzazione di interessi specifici affidati alle cure dell'amministrazione, e consistenti in statuizioni destinate a produrre modificazioni di situazioni giuridiche, ovvero a rifiutare le modificazioni eventualmente richieste dagli interessati o quelle che l'amministrazione sia *ex officio* tenuta a decidere se operare o meno a certe scadenze o in certe situazioni indicate dalla legge⁷⁸.

Da ultimo, il provvedimento è stato definito l'atto amministrativo autoritativo, che realizza in via diretta la cura di un interesse pub-

⁷⁷ Così F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 2006, 487-488.

⁷⁸ *Cfr.* A.M. SANDULLI, *Manuale*, Napoli, 1989, 611, *op. cit.*

blico, dotato di imperatività ed assistito dall'autotutela⁷⁹. Tornando al *project financing*, dunque, l'atto con il quale viene individuato il promotore, ad ogni buon conto, assume le vesti di un provvedimento amministrativo proprio nella misura in cui l'amministrazione agisce come autorità⁸⁰, enunciando una volontà⁸¹ capace di costituire, modificare ed estinguere situazioni giuridi-

⁷⁹ Da intendersi, per imperatività, come l'idoneità del provvedimento a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrazione e l'autotutela da intendersi come idoneità dell'atto ad essere eseguito dal suo stesso autore. La definizione è di R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 15.

⁸⁰ Con riferimento all'attività valutativa della p.a., si è detto che questa è connotata dal carattere dell'autoritatività. Il susseguirsi di cambiamenti normativi che ha riguardato l'istituto in commento si è indirizzata nel senso di scomporre l'attività valutativa dell'amministrazione in più momenti distinti, rendendola, se si vuole, più trasparente (ma allo stesso tempo rendendo di più difficile lettura la norma). Sul punto, la dottrina ha rilevato che tale scomposizione farebbe emergere la struttura e la conformazione interna dei processi valutativi della p.a. sicché, l'attività valutativa perderebbe il carattere dell'autoritatività in quanto il processo decisionale sarebbe sindacabile non solo "esternamente", ma anche "internamente" (in tal senso sono: M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2009, 845; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, 3171). Tuttavia, la dottrina ivi citata non andrebbe a sostegno di quanto invece sostenuto in questo lavoro, e cioè che l'attività amministrativa è - in ogni caso, in maniera più o meno dettagliata - funzionalizzata e procedimentalizzata, per cui una scomposizione della stessa renderebbe più trasparente il procedimento di valutazione della p.a., e di conseguenza, più facile la sottoposizione dello stesso a sindacato da parte del g.a., ma si è dell'avviso che tale scomposizione non potrà in nessun caso generare una perdita di autoritatività, atteso che tale circostanza si verifica solo quando la norma detti puntualmente e compiutamente la disciplina dell'azione amministrativa sicché alla p.a. non residuerebbe alcun margine di scelta o valutazione in ordine alla formazione del provvedimento finale.

⁸¹ Sul tema della discrezionalità nell'ambito della scelta del promotore, si distingue in giurisprudenza una pronuncia, la quale afferma che nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'amministrazione eserciti il "massimo margine" di discrezionalità. La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell'amministrazione. La p.a., infatti, è la sola a poter valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata. La giurisprudenza rileva altresì che tale fattispecie non è di per sé idonea ad escludere il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, potendo, questo, pronunciarsi nei casi di manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà o errore di fatto del provvedimento. In tal senso Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741; Id. n. 4811/2007.

che soggettive⁸². Dopo la sua selezione, al promotore viene infatti riconosciuta una nuova posizione giuridica soggettiva che muta da interesse legittimo a vero e proprio diritto soggettivo, ossia il diritto di prelazione⁸³.

Occorre individuare, allora, la prima caratteristica identificante il regime dei provvedimenti amministrativi, ossia la tipicità. La pubblica amministrazione è tenuta a perseguire il fine stabilito dalla norma di conferimento del potere (in questo caso, l'art. 183 del Codice) utilizzando il solo strumento giuridico definito dalla stessa.

Inoltre, il provvedimento di scelta del promotore è dotato della caratteristica dell'imperatività o autoritarità, che si manifesta nella produzione unilaterale degli effetti del provvedimento emanato dall'amministrazione, andando a modificare la sfera giuridica del privato individuato quale promotore. Infatti, il provvedimento di scelta del promotore produce i suoi effetti presupponendo anche dalle manifestazioni di volontà degli altri partecipanti⁸⁴.

Non necessarie, invece, sono le considerazioni sulla esecutorietà⁸⁵, atteso che il provvedimento di scelta del promotore non pone obblighi⁸⁶ a carico di quest'ultimo che la p.a. abbia il potere di ese-

⁸² Anche P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 2001, 5, definisce come provvedimenti amministrativi "gli atti di volontà dotati dell'autoritarità e cioè della capacità di incidere sulle posizioni giuridiche dei soggetti".

⁸³ La probabilità che il promotore eserciti il diritto di prelazione, infatti, limita fortemente la propensione delle altre imprese a partecipare alla gara, che saranno ben consapevoli di correre il rischio di non aggiudicarsi la commessa indipendentemente dalle proprie attività. In alternativa, il promotore potrà scegliere di ricevere l'indennizzo, mentre a favore degli altri partecipanti alla gara non spetta alcun indennizzo per il proprio sforzo competitivo. Così M. RICCHI, L. GEMINANI, *PPP, finanza di progetto e diritto di prelazione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2007.

⁸⁴ D'altronde, M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, definiva il provvedimento quale atto autoritativo, idoneo a modificare situazioni giuridiche altrui, senza necessità dell'altrui consenso.

⁸⁵ In dottrina si è osservato che l'esecutorietà - e cioè l'idoneità del provvedimento ad essere portato ad esecuzione anche contro la volontà del destinatario - non riguarda tutti i provvedimenti, ma solo una determinata categoria (ossia quelli ablatori in senso lato), e non è più annoverata tra i caratteri del provvedimento, dovendo essere considerata quale espressione di un potere a sé stante, soggetto anch'esso al principio di legalità. Così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, 16, *op. cit.*

⁸⁶ In tema di provvedimenti favorevoli nei confronti del suo destinatario, in dottrina, si è dubitato che questi potessero essere considerati dotati di autoritarità. Si è considerato, però, che il provvedimento favorevole nei confronti del suo destinatario può essere sfavorevole nei confronti di soggetti diversi, di solito indicati come terzi.

guire coattivamente, e sull'inoppugnabilità, in quanto il provvedimento è tale sino a quando non decorrano i termini per azionare la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo.

Alla luce della sussistenza delle caratteristiche del regime del provvedimento amministrativo⁸⁷ si deduce, anche con una certa naturalezza, che il provvedimento di scelta del promotore sia un provvedimento amministrativo, in quanto incide sulla sfera giuridica degli eventuali terzi non individuati quali promotori.

Diversamente, un mero atto endoprocedimentale, si caratterizza per essere un atto interno alla sfera dell'amministrazione ed in quanto tale non idoneo ad incidere su situazioni giuridiche di terzi.

In definitiva, il provvedimento amministrativo - lo si è detto - produce, a differenza degli altri atti amministrativi, effetti sul piano dell'ordinamento generale. La distinzione non è scontata se si pensa alle conseguenze derivanti sul piano delle tutele giurisdizionali, in quanto i primi sono suscettibili di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo, mentre i secondi esauriscono il loro effetto giuridico in un ambito giuridico "interno" alla sfera dell'amministrazione⁸⁸, sottraendosi, di regola, al vaglio giurisdizionale. L'estrinsecazione di effetti giuridici esterni da parte del provvedimento di scelta del promotore ci induce a riflettere, dunque, sulla sua immediata lesività nei confronti dei terzi, che potranno, pertanto, impugnarlo.

Ed ecco che, indipendentemente dalla posizione di vantaggio che il promotore assume rispetto ai terzi (così come riconosciuta dalla giu-

Se a questi soggetti viene sottratto qualcosa a cui aspiravano, o il provvedimento favorevole per il suo destinatario comporta - in maniera diretta o indiretta - conseguenze per loro sfavorevoli, si può pensare che il carattere autoritativo del provvedimento si esprima nei loro confronti. Così F.G. COCA, *Diritto Amministrativo*, 285-287, *op. cit.*

⁸⁷ Altra autorevole dottrina aveva individuato i caratteri propri del provvedimento secondo una diversa concezione. Dal punto di vista della struttura, il provvedimento è stato considerato un atto unilaterale, che costituisce esercizio di un potere unilaterale ed autoritativo; dal punto di vista della funzione, è stato concepito come un atto che cura gli interessi pubblici; dal punto di vista della formazione, è stato visto come l'atto terminale del procedimento; infine, dal punto di vista della disciplina, è stato definito un atto la cui validità è parametrata prevalentemente su profili funzionali (con scarso rilievo di quelli strutturali), e la cui efficacia è caratterizzata dall'esecutività. Si veda, a tal proposito, F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 1995; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006.

⁸⁸ In questi termini E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 491.

risprudenza) viene dimostrata la natura provvedimentale dell'atto di scelta del promotore e, pertanto, la sua immediata impugnabilità. Ma tale assunto potrebbe apparire superfluo se solo si pensasse che, in generale, l'allargamento della sfera giuridica di un privato causata dall'agire dell'amministrazione non può non determinare, in maniera inversamente proporzionale, un restringimento della sfera giuridica di un altro privato terzo, altrimenti la disciplina dell'azione amministrativa non abbisognerebbe della ricerca del "controinteressato" per legittimare l'operato delle amministrazioni⁸⁹.

5. Revocabilità del provvedimento e azionabilità della successiva fase di gara

L'art. 183 del Codice prevede che "*il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente*". Il comma 15 dunque, con la disposizione poc'anzi citata, scandisce il termine del procedimento amministrativo e l'inizio della fase ad evidenza pubblica.

Occorre pertanto chiedersi cosa possa accadere qualora l'amministrazione, dopo aver approvato il progetto del privato ed inserito lo

⁸⁹ In tema di coincidenza della definizione di "controinteressato", nella sua accezione processual-amministrativa, con la definizione di promotore, la giurisprudenza ha negato l'automatica assunzione della veste di controinteressato, da parte del promotore, nel giudizio di impugnativa del provvedimento di esclusione di un'impresa dalla gara, e ciò perché negli atti nel caso di specie impugnati (atto di esclusione, verbale di verifica del possesso dei requisiti ecc.) il promotore non viene mai individuato (Cons. Stato, Sez. V, 14 aprile 2006, n. 1959). I commenti a tale sentenza hanno infatti rilevato che, sul piano della legittimazione a ricorrere, si afferma che la rilevanza giuridica degli interessi procedurali non comporta l'automatica soggettivizzazione dei medesimi in capo a coloro che li prospettano in sede processuale, poiché può accadere che tali interessi trovino ingresso nel procedimento ad opera di soggetti che non assumono rispetto ad essi la qualifica di centri esponenziali esclusivi o qualificati. Da ciò discende che una eventuale domanda giudiziale promossa da soggetti titolari dell'interesse alla partecipazione al procedimento amministrativo può essere dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione ad agire, ovvero della necessaria identità tra ricorrente e titolare della posizione giuridica sostanziale fatta valere. In definitiva, per proporre ricorso è necessario che il ricorrente abbia, oltre la titolarità di un interesse legittimo, un interesse a ricorrere, soggettivamente differenziato e normativamente qualificato, che sia personale diretto ed attuale. Sul punto si veda D. IELO, *Due puntualizzazioni del Consiglio di Stato in tema di project financing, in Urbanistica e appalti*, n. 12/2006, 1462. Più in generale, sui temi processuali si rimanda a D. PONTE, *Processo e finanza di progetto: qualche utile indicazione di ordine sostanziale, in Urbanistica e appalti*, n. 11/2015, 1141-1152.

stesso negli strumenti di programmazione, non avvia la procedura di gara. In subordine, bisognerebbe chiedersi se possano profilarsi, conseguenzialmente, eventuali profili di responsabilità o obblighi di tenere indenne il privato in capo all'amministrazione⁹⁰.

Non di rado è accaduto nella prassi applicativa che il promotore, dopo aver ricevuto l'approvazione del progetto, non aveva potuto partecipare alla procedura di gara poiché l'amministrazione o non aveva dato seguito alle disposizioni relative alla finanza di progetto ad iniziativa privata, o aveva interrotto l'intero procedimento con un atto.

Sul punto, la giurisprudenza (ad eccezione di un minore orientamento⁹¹ ormai superato) ha rilevato che la dichiarazione di pubblico interesse di una proposta non possa essere qualificata

⁹⁰ A tal proposito, come già detto, risulta importante il comunicato del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, recante "Obbligo di concludere le procedure di gara avviate mediante project financing mediante provvedimento espresso" dell'11 novembre 2020, con il quale si è rilevato che, malgrado l'interesse del mercato verso gli strumenti di PPP sia in costante crescita, talune procedure di gara si concludono senza l'assegnazione dell'affidamento, come accade, in specie, nell'ambito del *project financing* ad iniziativa privata. Nel ritenere opportuno che la legittima intenzione di non proseguire un certo progetto sia espressa in un provvedimento adeguatamente pubblicizzato e motivato, l'ANAC ha affermato che "in considerazione dell'impegno del promotore ed alla luce dei principi di trasparenza, correttezza, legittimo affidamento, economicità dell'azione amministrativa (cristallizzati nell'art. 30, d.lgs. 50/2016), si richiama l'attenzione delle amministrazioni sulla necessità che la procedura di gara per l'affidamento di un project financing ad iniziativa privata, ove non aggiudicata, sia comunque conclusa da un provvedimento espresso tempestivo nel quale si dia conto delle ragioni che hanno determinato la mancata aggiudicazione e delle conseguenti iniziative che l'amministrazione intende intraprendere, anche in coerenza con l'art. 183 del d.lgs. 50 del 2016".

⁹¹ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 ottobre 2010, n. 7334, ove viene detto che "È da ritenere adeguatamente motivato, in una procedura di project financing, la revoca del provvedimento di dichiarazione di pubblico interesse del progetto, ove si faccia riferimento ad alcuni profili di illegittimità dell'affidamento (criticità tecnico-economica del progetto scelto, sopravvenienza di normativa) e altri aspetti riguardanti una nuova valutazione dell'interesse pubblico alla non realizzabilità dell'opera". Secondo i giudici di palazzo Spada, sarebbe dunque ammissibile l'applicabilità della revoca ed il successivo conseguimento dell'indennizzo. Per un commento alla pronuncia si rinvia ad A. GUALDANI, *La revoca dell'atto illegittimo e la dicotomia tra indennizzo e risarcimento*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7/2011, 812-824. Ancora, il TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 25 novembre 2009, n. 2012, ha rilevato che nelle procedure di *project financing*, la dichiarazione di pubblica utilità della proposta determina il sorgere di una posizione di vantaggio tutelata, per cui la sua revoca richiede una adeguata motivazione. A seguito dell'annullamento del provvedimento di revoca illegittimo, l'amministrazione è dunque tenuta a portare a termine la procedura. In dottrina si veda A. CARPELLUCCI, *Project financing e legittimo affidamento del proponente*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2010, 343-351.

come un “atto ad efficacia durevole”, in quanto atto prodromico all’indizione di una gara⁹². La dichiarazione di pubblica utilità viene quindi assimilata ad un “atto provvisorio ad effetti instabili” come l’aggiudicazione provvisoria (oggi proposta di aggiudicazione), che spiegherebbe la non tutelabilità processuale ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990⁹³. E nemmeno è consentita la risarcibilità del danno per responsabilità precontrattuale dell’amministrazione, in quanto è assente sia lo svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, sia la successiva ed eventuale lesione dei canoni di buona fede e correttezza⁹⁴.

Diverse considerazioni consentono di non ritenere condivisibili le conclusioni cui giunge la giurisprudenza. Se si è detto che il procedimento amministrativo trova conclusione nell’emanazione del provvedimento, ed il provvedimento amministrativo è capace di costituire, modificare ed estinguere situazioni giuridiche soggettive, se ne deduce che il provvedimento di scelta del promotore e dichiarazione di pubblica utilità, essendo appunto un provvedimento amministrativo, per sua natura non potrà essere visto come un atto provvisorio ad effetti instabili, non essendo trascurabile nemmeno la differenza terminologica tra “atto” e “provvedimento”.

Si consideri, inoltre, che potrebbe risultare fuorviante guardare agli effetti (stabili o provvisori) dell’atto per dedurre l’applicabilità della revoca (come dedotto dalla giurisprudenza), ma apparirebbe più corretto guardare alle cause che hanno prodotto l’atto stesso. Mentre il provvedimento con il quale il privato ottiene la dichiarazione di pubblica utilità della sua proposta, diventandone promotore, sorge all’esito di un procedimento ad istanza di parte, la proposta di aggiudicazione sorge all’esito di una procedura ad evidenza pubblica, che è fattispecie tutt’al più differente rispetto ad un procedimento amministrativo⁹⁵. In buo-

⁹² Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 21 giugno 2018, n. 354, secondo cui la dichiarazione di pubblico interesse di un progetto spontaneamente presentato dal promotore “*non è un atto durevole ma meramente ed eventualmente prodromico all’indizione di una gara*”.

⁹³ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323; Id., Sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136.

⁹⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2018, n. 680; Id., 8 novembre 2017, n. 5146; Id., 27 marzo 2017, n. 1364.

⁹⁵ Si è dell’avviso che le procedure ad evidenza pubblica non possano intendersi

na sostanza, il primo, è un provvedimento, il secondo, è un atto. Così, provvedimento – nell’ambito delle procedure ad evidenza pubblica – potrà definirsi il solo provvedimento di aggiudicazione (definitiva) della gara.

Ancora, la giurisprudenza ha altresì rilevato che in materia di *project financing* è dubitabile l’applicazione, in generale, dello *jus poenitendi*, poiché l’amministrazione, una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto, non è comunque tenuta a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo⁹⁶.

Tuttavia, bisogna obiettare che dal tenore letterale della norma non emerge una libertà così ampia. L’art. 183 prevede infatti che una volta approvato il progetto, questo viene posto a base di gara. L’utilizzo dei tempi verbali all’indicativo – che nel linguaggio giuridico esprime, come è noto, imperatività – non attribuisce all’amministrazione la facoltà di non azionare la successiva fase di gara, possibilità questa che trova le sue origini – ancora una volta – esclusivamente nella elaborazione giurisprudenziale dell’istituto, non trovando riscontro nel dato normativo.

Dunque, dalla norma emerge chiaramente che l’amministrazione sia tenuta a dare corso alla procedura introducendo la gara, deducendo di conseguenza che questa potrà non essere indetta, appunto, solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento

quali procedimenti amministrativi *strictu sensu*, ma, piuttosto, procedure complesse composte – per l’appunto – da un insieme di procedimenti amministrativi collegati tra loro. Tale convincimento trova conferma anche nel pensiero di G. FAZIO, *L’attività contrattuale*, Vol. I, Milano, 1988, 12, *op. cit.*, secondo il quale il procedimento contrattuale delle amministrazioni “non può nella sua interezza qualificarsi procedimento amministrativo in senso tradizionale, dovendo esso ricomprendere atti e comportamenti in parte riconducibili agli schemi ed alle varie tipologie dell’atto amministrativo ed in parte aventi natura meramente privatistica essendo i relativi effetti predeterminati e disciplinati dalle norme del codice civile. Tuttavia, tenuto conto della comune finalità della seriazione dei vari atti che, pur avendo natura diversa, lo compongono, l’intero complesso della attività svolta dalla pubblica amministrazione per dare vita ed esecuzione al contratto, assume la configurazione di un vero e proprio procedimento che, sebbene a natura mista, è pur tuttavia caratterizzato da presupposti e finalità unitarie.”.

⁹⁶ Cfr. TAR Veneto, Venezia, Sez. I, 4 settembre 2019, n. 367; TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 74; Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820; TAR Lazio, Latina, Sez. I, 21 giugno 2018, n. 354; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 25 ottobre 2017, n. 10695; Cons. Stato, Sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365; Id., 30 luglio 2013, n. 4026; Id., 24 maggio 2013, n. 2838; Id., Sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418.

dell'adozione del provvedimento o per ragioni attinenti alla rivalutazione dell'interesse pubblico, tali da determinare, per l'effetto, la corresponsione di un indennizzo *ex art. 21-quinquies* a causa del danno emergente prodottosi a sfavore del promotore, che aveva legittimamente affidato nella partecipazione alla procedura di gara per la realizzazione dell'opera pubblica proposta. Ciò si pone in linea con la tesi di Benvenuti circa la rilevanza della revoca sul piano della teoria generale del potere amministrativo, essendo questa esercitata per ragioni di pubblico interesse⁹⁷.

In ogni caso, l'esercizio dello *jus poenitendi* da parte dell'amministrazione tenderebbe a rimuovere un precedente errore di valutazione, e costituisce pur sempre manifestazione di discrezionalità amministrativa, in ragione della sussistenza di una rivalutazione nell'apprezzamento bilanciato degli interessi in gioco implicati nella vicenda⁹⁸. La revoca costituisce, infatti, uno strumento di riesercizio della funzione, intesa quale riespressione del carattere dell'inesauribilità del potere che, in quanto funzionalizzato al perseguimento del pubblico interesse, non è insensibile ai sopravvenuti mutamenti dell'interesse pubblico medesimo⁹⁹.

Si consideri ancora che, dal dato normativo di cui all'art. 183 del Codice, evince anche l'impatto assolutamente significativo del diritto di prelazione sorto in capo al promotore, rispetto al quale la norma non contempla condizioni sospensive al suo esercizio. Il provvedimento di scelta del promotore e la contestuale dichiarazione di pubblica utilità producono, infatti, effetti indiscutibilmente durevoli, talmente durevoli che qualora il promotore non dovesse aggiudicarsi la gara, potrà ribaltare l'esito della stessa, scegliendo di eseguire la commessa adeguandosi all'offerta proposta dall'aggiudicatario. È pacifico infatti che il diritto soggettivo, a differenza dell'interesse legittimo, consente al titolare di esercitarlo indipendentemente dalle manifestazioni di volontà della parte passiva del rapporto giuridico. Se dunque, un soggetto che ha goduto dell'ampliamento della propria sfera giuridica subirà successiva-

⁹⁷ Secondo F. BENVENUTI, *Autotutela, Diritto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 542, "la revocabilità costituisce carattere qualificatorio del provvedimento amministrativo discrezionale, garantendone la costante rispondenza alle ragioni di pubblico interesse".

⁹⁸ Così M. D'ARIENZO, *Limiti all'esercizio del potere di revoca nelle procedure di project financing*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2011, 1190-1198.

⁹⁹ Così M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento*, in N. PAOLOANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 487.

mente un restringimento della stessa, sarà legittimato a chiedere in capo all'amministrazione una forma di indennità (per certi versi assimilabile al diritto al pagamento per la predisposizione della proposta contemplato dalla norma), e non un risarcimento del danno, atteso che non sussiste un rapporto "prenegoziale".

6. Conclusioni

Come è noto, il diritto amministrativo si caratterizza per l'ampiezza e varietà delle materie incluse nel suo campo d'indagine. Da qui la differenziazione tra diritto amministrativo generale e diritto amministrativo speciale¹⁰⁰.

Mentre il diritto amministrativo generale - frutto soprattutto della scienza giuridica - è ormai in buona parte codificato nella l. 7 agosto 1990, n. 241, il diritto amministrativo speciale è oggetto di trattazioni organiche dedicate a specifici settori, come il diritto urbanistico, il diritto dell'ambiente, il diritto sanitario o il diritto dei contratti pubblici.

Vero è che il diritto amministrativo generale e quello speciale si condizionano reciprocamente e si evolvono di pari passo, tale per cui al Legislatore viene chiesto un costante sforzo di adattamento delle categorie giuridiche, ma vero è anche che il costante cambiamento normativo - dovuto soprattutto dalla perdita dei punti cardine posti dalla scienza giuridica classica ad opera del "nuovo" approccio realistico nonché, da ultimo, dall'incrementarsi delle nuove fonti del diritto, specie quelle europee - non può generare, in nessun caso, una assoluta perdita dei riferimenti essenziali dell'azione amministrativa¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. M. CLARICH, *Manuale*, 60-61, *op. cit.*

¹⁰¹ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, 50, *op. cit.*, ha infatti rilevato come, già dagli anni Cinquanta, emergono le prime discontinuità metodologiche rispetto alla scienza giuridica classica, largamente sviluppatasi nelle opere di Massimo Severo Giannini e Feliciano Benvenuti. È così che il "pandettismo" e l'"astrattismo concettuale" iniziano ad essere affiancati al nuovo approccio realistico che investe anche le pubbliche amministrazioni, maggiormente attento alle trasformazioni che stavano investendo la struttura dei rapporti economici, politici e sociali. Sul punto, anche S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 59, individua gli anni Cinquanta il verificarsi di un punto di rottura con le *Lezioni di diritto amministrativo* di Giannini e con le prime opere di Benvenuti. Anche M. D'ALBERTI, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2001, 1296 sostiene che la "cesura pluralistica avviata da Santi Romano"

Con specifico riferimento alla contrattualizzazione dell'azione della pubblica amministrazione, poi, si intrecciano regole di diritto pubblico, regole di diritto privato e regole di diritto europeo¹⁰². In tale contesto, il diritto amministrativo generale dovrebbe costituire sempre (ma oggi così non pare essere) il nucleo costitutivo della materia, sicché non sarebbe lecito ammetterne una costante deroga di carattere significativo, sia rispetto ai settori speciali del diritto amministrativo (come il diritto dei contratti), sia, soprattutto, rispetto ad istituti ancor più speciali della materia in seno alla quale nascono, proprio come nel caso del *project financing*.

Non solo, oggi, non appare più agevole rinvenire una chiara distinzione tra diritto amministrativo generale e speciale, ma è sempre più diffusa la tendenza a ritenere in via di dissoluzione anche la distinzione tra diritto amministrativo e diritto civile, tra pubblico e privato, tale da generare una crisi delle categorie giuridiche tradizionali¹⁰³.

Il dibattito dottrinale sul tema è complesso, tanto che non può di certo trovare trattazione esaustiva in questo scritto.

L'occasione è tuttavia utile per rammentare come parte della dottrina ha teorizzato l'esistenza di un diritto privato dell'amministrazione pubblica, e cioè un diritto privato funzionalizzato in quanto volto a soddisfare esigenze pubblicistiche, tale per cui il contratto si sostituisce al provvedimento¹⁰⁴, mentre, in una più

viene a trovare “*non senza invarianti di fondo, sviluppi teorici e applicazioni amministrativistiche negli studi di Giannini degli anni Trenta e Quaranta e, con le sue Lezioni del 1950, penetra nel secondo Novecento e viene a incidere su costruzioni concettuali di fondo del diritto amministrativo*”. Di recente, R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato*, 28, *op. cit.*, osserva come il diritto amministrativo, malgrado sia in continua evoluzione, non può essere stravolto e privato dei suoi principi fondamentali. Il diritto amministrativo disciplina, infatti, l'organizzazione e l'attività di soggetti che devono curare interessi pubblici, così come disciplina le modalità di tutela degli interessi privati che si possono eventualmente scontrare con questi soggetti (che l'Autore cautamente non qualifica come soli soggetti pubblici o privati). L'Autore deduce pertanto che qualsiasi attività della pubblica amministrazione, ancorché privatistica, è sottoposta comunque al principio di legalità e funzionalizzazione.

¹⁰² P. STANZIONE, A. SATURNO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, 9.

¹⁰³ Secondo G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 236, sarebbe proprio “*la complessità della società moderna*” a ridurre “*la capacità euristica di tutti i concetti di ‘campo’ o ‘a terzo escluso’, tra i quali ovviamente anche il binomio pubblico-privato*”.

¹⁰⁴ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217; dello stesso autore v. anche *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 25 e ss..

elaborata argomentazione, che cerca aggancio in norme costituzionali, la stessa dottrina ha osservato che, poiché l'attività amministrativa è vincolata ai principi di imparzialità e di tutela dei terzi, e poiché l'amministrazione agisce anche mediante negozi, diviene necessario estendere a questi ultimi l'applicazione dei principi costituzionali¹⁰⁵.

Avverso tale tesi appena citata, altra parte della dottrina ha invece replicato che se l'attività a fini generali delle pubbliche amministrazioni deve essere necessariamente funzionale a scopi dati o assunti nelle forme prescritte, allora si allude al fatto che l'attività amministrativa non sarebbe libera e che, per questa ragione, l'ordinamento, dunque, predisporrebbe sistemi che assicurino la fedeltà agli scopi¹⁰⁶. Secondo tale critica, quando l'amministrazione agisce divenendo "parte" in rapporti di diritto privato, gli atti che precedono la conclusione del contratto rendono conoscibili (e controllabili) il contenuto e le ragioni del contratto¹⁰⁷.

Ancora, una ulteriore interpretazione della dottrina - più cauta e razionale, alla quale si ritiene di aderire - ha sostenuto che gli strumenti giuridici possono essere o pubblicistici, o privatistici, o anche misti quando si fa ricorso a moduli giuridici di diritto comune per svolgere compiti pubblici; tuttavia, in questo ultimo caso, si perde sia la "purezza" pubblicistica della disciplina del potere pubblico che la "purezza" privatistica degli strumenti comuni, dando luogo a complessi fenomeni di ibridazione¹⁰⁸.

¹⁰⁵ V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti Guarino*, I, Padova, 1998, 565 e 574.

¹⁰⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, op. cit., 669. Più di recente, sulla non persuasività della tesi sull'esistenza di un diritto privato della pubblica amministrazione si veda anche F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *giustamm*, n. 3/2014.

¹⁰⁷ In definitiva, secondo l'Autrice, "La disciplina dell'attività contrattuale dell'amministrazione non costituisce dunque un esempio che possa accreditare la tesi secondo la quale la funzionalizzazione del contratto sarebbe già oggi una realtà del diritto positivo, che spiana la strada alla sostituzione del provvedimento con gli strumenti del diritto privato; e neppure questa tesi può essere accreditata dall'esistenza di norme di legge che attribuiscono alla parte pubblica speciali poteri negoziali, che la giurisprudenza - assecondata dalla dottrina - ha trasformato in potestà pubbliche".

¹⁰⁸ Così F. LIGUORI, *Notazioni*, op. cit., secondo il quale "Di fronte alla da più parti annunciata fine del dualismo, appare utile, quantomeno alla luce delle più recenti esperienze, sicuramente non contraddistinte da un aumento del tasso di certezza del diritto, domandarsi se non occorra una maggiore cautela nella commistione tra pubblico e privato, predicata come ineluttabile dalle euforie riformistiche degli ultimi decenni e se, in particolare, valga davvero la pena produrre innovazioni in senso privatistico, poi destinate ad essere assorbite dalle immanenti esigenze pubbliche, che, a quanto sembra,

Alla luce di quanto sinteticamente riportato, nell'avviarci alle conclusioni, sembrerebbe opportuno effettuare qualche riflessione sull'incidenza del rapporto dicotomico¹⁰⁹ pubblico-privato sull'agire amministrativo.

Sembrirebbe che lo sforzo di rinvenire elementi di specialità nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione e, conseguentemente, l'esistenza di un diritto privato proprio della stessa, oltre a causare non poca confusione, manifesti alcune incongruità. Se si ammette che la pubblica amministrazione, che agisce generalmente secondo il diritto pubblico (e quindi attraverso l'adozione di atti aventi natura autoritativa), si serve del diritto privato che diviene speciale¹¹⁰ rispetto al diritto privato inteso in senso comune in quanto funzionalizzato, si deve ritenere, allora, che l'amministrazione, servendosi di un diritto privato suo proprio (che non è il diritto privato del cittadino), ponga la stessa in una posizione di asimmetria rispetto al privato.

La peculiarità del diritto privato della p.a. (o del diritto misto, secondo altra interpretazione) rispetto al diritto privato comune, sbilancia, dunque, la posizione della pubblica amministrazione ponendola ad un livello diverso rispetto alla posizione del privato¹¹¹.

solo le discipline pubblicistiche riescono a salvaguardare". Con riferimento all'annunciata fine del dualismo, l'Autore si riferisce a S. PUGLIATTI, *Diritto privato e diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964, 696, secondo il quale "ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: e quanto più acuta è la crisi, i più inclinano a negare la distinzione; cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione, si dissolve il diritto".

¹⁰⁹ Sulla dicotomia è necessario il riferimento a N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, il quale rileva l'affermarsi, all'interno dello Stato, del fenomeno della "privatizzazione del diritto pubblico" e quello della "pubblicizzazione del diritto privato".

¹¹⁰ Sulla specialità e funzionalizzazione del diritto privato dell'amministrazione pubblica, A. PAJNO, *La specialità del diritto e della giustizia amministrativa*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto: giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 140, rileva l'esistenza di una "linea di sviluppo, nella quale il diritto dell'amministrazione dismette l'antica forma di privilegio e assume le vesti di diritto privato speciale", così "l'accento non cade sul diritto pubblico e sul diritto privato, ma sulla "permanenza" e sulla "trasformazione" della specialità"; in questa prospettiva "si afferma, così, un nuovo regime giuridico caratterizzato dalla formazione progressiva di un corpo di norme, frutto della convergenza delle tradizionali due vie della specialità, composto da disposizioni di diritto pubblico e di diritto privato, volto a regolare l'attività delle amministrazioni e caratterizzato dalla tendenziale equivalenza di tali disposizioni ai fini dell'utilizzabilità per la disciplina dell'esercizio di funzioni pubbliche".

¹¹¹ Questo è proprio lo schema del diritto potestativo della pubblica amministra-

Ed ecco che, a causa di questa asimmetria (o non parità) di posizioni della parte pubblica e privata, ritorna la potestà della pubblica amministrazione¹¹², e dunque il carattere autoritativo dell'agire amministrativo, che mal si concilia con le regole del diritto privato. Se, pertanto, si riconosce l'esistenza di un diritto privato della pubblica amministrazione, che in quanto funzionalizzato è capace di imporsi autoritativamente nella sfera del privato, altro non si sta riconoscendo, in realtà, l'esistenza dell'agire autoritativo della p.a., che costituisce, come è noto, la caratteristica dell'azione amministrativa secondo le regole del diritto pubblico.

Il diritto privato della pubblica amministrazione finirebbe con il diventare, pertanto, un diritto pubblico sotto diversa veste.

Dopo tutto, è lo stesso art. 1, comma 1-bis, che prevede, in maniera anche abbastanza intuitiva, che *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.”*

L'esito dello studio, da parte della dottrina, dell'attività consensuale della pubblica amministrazione, sembrerebbe suggerire l'opportunità di preservare, così, la *ratio* della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato¹¹³.

Se, dunque, nello scenario contemporaneo e specie in ambito giurisprudenziale, la commistione tra diritto pubblico e diritto privato – nell'ottica della risoluzione dei rapporti giuridici controversi

zione, riportato anche nella manualistica come, ad esempio, M. CLARICH, *Manuale*, 115, *op. cit.*, che richiama lo schema norma-fatto-potere-effetto. Secondo tale impostazione, il verificarsi di un fatto concreto conforme alla norma attributiva del potere, determina, in capo all'amministrazione, la possibilità di produrre l'effetto giuridico individuato a livello di fattispecie normativa attraverso una propria dichiarazione unilaterale di volontà. Il perseguimento dell'interesse privato è, pertanto, subordinato alla manifestazione di volontà della pubblica amministrazione.

¹¹² Anche M.S. GIANNINI, *Istituzioni*, 260, *op. cit.*, afferma che *“il potere pubblico è titolare di potestà”* sicché *“il provvedimento con cui si esercitano le potestà produce effetti giuridici che, in termini generali, possono dirsi di recessione della situazione giuridica del soggetto passivo”*. Di converso, sempre lo stesso Autore rileva che, rispetto a quanto appena detto, *“si può subito rilevare la profonda differenza rispetto ai rapporti di diritto privato, nei quali anche quando la norma attribuisce a taluni soggetti dei diritti potestativi [...] l'attribuzione si inserisce sempre in un quadro molto accurato, in cui la situazione di vantaggio della parte attributaria di tali diritti non è mai assoluta, così come invece avviene nei rapporti di diritto amministrativo”*.

¹¹³ In generale, G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Economia e diritto del terziario*, 1999, 311, pone in evidenza *“la perenne vitalità della distinzione, con la sua applicazione da parte dei giudici, con la sua vicenda tormentata riflessa nei manuali e nei trattati, la sua fissità nella formazione culturale del giurista continentale”*.

- costituisce un punto di approdo, di converso, per un giurista, tale attenuazione della dimensione autoritativa del rapporto giuridico dovrebbe rappresentare, al contrario, solo un punto di partenza del ragionamento giuridico¹¹⁴.

¹¹⁴ Così F. FRANCIANO, *Considerazioni sul dibattito tra giovani studiosi sui concetti tradizionali del diritto amministrativo e sulla loro evoluzione*, in *federalismi.it*, n. 11/2018, 10.