

La quinta sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 1443 del 13 febbraio 2024, è intervenuta in tema di project financing, fornendo l'interpretazione dell'art. 183, comma 15, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5184). Dopo avere escluso la natura di modulo di confronto concorrenziale del project financing, sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, deve affermarsi che alla fase di scelta del proponente non si ataglia la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta. Giova al riguardo considerare che, per costante giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1552), l'art. 12, L. 7 agosto 1990, n. 241 riveste carattere di principio generale dell'ordinamento e in particolare della materia che governa i contributi pubblici, la cui attribuzione deve essere presidiata da norme programmatiche che definiscano un livello minimo delle attività da finanziare. Proprio in tale prospettiva appare evidente che la predeterminazione implica che siano stabilite le attività da finanziare, e che dunque il metro di valutazione delle sovvenzioni (generalmente intese) presuppone un contesto di riferimento assai più definito rispetto a quello che è configurabile nel caso di presentazione, ad iniziativa del privato, di una proposta di project financing (in termini Cons Stato, sez. V, 26 maggio 2023, n. 5184; ma anche Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1065 che, a sua volta, richiama Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005).

Secondo la giurisprudenza richiamata, la struttura complessa della procedura di project financing enuclea due serie procedimentali strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità.

Tale interpretazione dell'art. 183, comma 15 non appare in contrasto con la normativa europea e, segnatamente, con i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, espressamente richiamati anche nell'ordinanza del 12 dicembre 2023 della Corte di Giustizia. E, infatti, la giurisprudenza, proprio nell'ottica di un'interpretazione della citata disposizione, sebbene estranea alle regole dell'evidenza pubblica, comunque compatibile con i richiamati principi del diritto europeo, ha affermato che anche nella fase preliminare di individuazione del promotore, proprio perché connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, e comunque procedimentalizzata, s'impone l'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa, in primis di pubblicità e di trasparenza, nonché di non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici interessati, in quanto funzionale alla migliore cura dell'interesse pubblico, laddove consente di ampliare il novero delle proposte tra le quali esercitare la scelta del project financing da accogliere, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche (Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2024, n. 257).

Ne discende, pertanto, che la fase preliminare, pur non dovendo essere assoggettata al rispetto di tutti i principi dell'evidenza pubblica, pena la inutile e gravosa duplicazione della procedura di gara vera e propria che potrà o meno seguire alla scelta del promotore, deve comunque essere improntata al rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa, in primis di pubblicità e di trasparenza, nonché di non discriminazione e di parità di trattamento tra tutti gli operatori economici interessati.

## Riferimenti Normativi:

- art. 183, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50