

Publicato il 27/07/2021

N. 08981/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02051/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2051 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

G7 International S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

contro

Ministero della Difesa, Agenzia Industria Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Aid - Agenzia Industrie Difesa, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determina n. 1 del 4.1.2021 a firma del Direttore generale della AID, pubblicata in G.U.R.I. in data 11.1.2021 e non comunicata, di revoca della determina a contrarre n. 174 del 17.9.2020, con cui la medesima AID aveva disposto l'attivazione di una procedura di gara aperta per partenariato pubblico privato, ai sensi degli artt. 180 e 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, avente ad oggetto l'attività di ottimizzazione dei servizi di sicurezza con relativa riqualificazione tecnologica ed energetica rivolta ai siti militari di Baiano di Spoleto, Capua, Fontana Liri, Gaeta, Noceto e Balconcello;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

nonchè per l'accoglimento ex art. 116, comma 2, c.p.a. dell'istanza di accesso formulata dal RTI G7 in data 26.1.2021, parzialmente rigettata da AID con nota prot. n. 1066 dell'1.2.2021;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 20/4/2021:

- della Determina n. 1 del 4.1.2021 a firma del Direttore generale della AID, pubblicata in G.U.R.I. in data 11.1.2021 e non comunicata, di revoca della determina a contrarre n. 174 del 17.9.2020, con cui la medesima AID aveva disposto l'attivazione di una procedura di gara aperta per partenariato pubblico privato, ai sensi degli artt. 180 e 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, avente ad oggetto l'attività di ottimizzazione dei servizi di sicurezza con relativa riqualificazione tecnologica ed energetica rivolta ai siti militari di Baiano di Spoleto, Capua, Fontana Liri, Gaeta, Noceto e Balconcello, già impugnata con il ricorso principale, alla luce dei nuovi vizi emersi a seguito del deposito documentale effettuato dall'Amministrazione in data 16.3.2021 e dell'avvenuta indizione delle procedure di gara di cui ai punti successivi;

- degli atti e provvedimenti relativi alla procedura aperta indetta dalla AID per

l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso lo Stabilimento Militare Munizionamento Terrestre – Baiano di Spoleto, CIG: 868069936E;

- degli atti e provvedimenti relativi alla procedura aperta indetta dalla AID per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso lo stabilimento militare ripristini e recuperi- Noceto, CIG: 8645656D05;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso rispetto a quelli impugnati, ancorché non conosciuto;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di Agenzia Industria Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2021 il dott. Fabrizio D'Alessandri, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in l. n. 176/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Il RTI ricorrente espone di aver dato impulso a una procedura di project financing a iniziativa privata ex art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, con AID - Agenzia Industrie Difesa, avviata con nota del 2.11.2017, con la quale il medesimo RTI ricorrente ha presentato a AID un progetto finalizzato alla conclusione di una “convenzione operativa per il sostegno al ricollocamento”.

L'AID ha dato riscontro, con nota prot. n. 7722 del 24.11.2017, manifestando al RTI volontà di “approfondire l'argomento” onde verificare la sussistenza delle condizioni per aderire alla proposta medesima.

In data 12.12.2017, il Raggruppamento ha inoltrato all'Amministrazione intimata una "Proposta tecnico-economica finalizzata al ricollocamento dei VFB, congedati senza demerito, nell'ambito delle attività di/per la security delle Unità produttive dell'AID" e quest'ultima ha invitato la G7 "a presentare una specifica proposta, compiutamente elaborata ai sensi dell'art. 183 comma 15 del D.Lgs. n. 50/2016 e smi".

In data 21.12.2018, il RTI ha presentato all'Amministrazione una proposta di project financing, ex art. 183 comma 15 D.Lgs. n. 50/2016, per l'ottimizzazione dei servizi di sicurezza, con relativa riqualificazione tecnologica ed energetica, nei siti militari di Baiano di Spoleto, Capua, Fontana Liri, Gaeta, Noceto e Balconcello. L'intervento in questione è stato successivamente ricompreso nel Piano Industriale Triennale (PIT) 2021/2023.

Con Determina prot. n. 4313 del 6.5.2019 la AID ha dichiarato fattibile e di pubblico interesse la proposta del RTI e individuato quest'ultimo quale soggetto promotore ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, e rinviando la scelta dell'affidatario dell'intervento ad una successiva procedura aperta da indirsi ai sensi dell'art. 181 del D.Lgs. n. 50/2016 "non appena l'iter per l'inserimento dell'operazione nella programmazione dell'Amministrazione difesa sarà stato completato".

Con determina a contrarre n. 174 del 17.9.2020, la AID ha disposto, sulla base del progetto proposto dal RTI e dichiarato di pubblico interesse, l'attivazione di una procedura di gara aperta per partenariato pubblico privato, avente a oggetto l'attività di ottimizzazione dei servizi di sicurezza con relativa riqualificazione tecnologica ed energetica rivolta ai siti militari di Baiano di Spoleto, Capua, Fontana Liri, Gaeta, Noceto e Balconcello.

Nella suddetta determina, la AID ha dato conto della particolare "convenienza economica" del Progetto proposto dal RTI, "con specifico

riferimento all'investimento iniziale e ai benefici derivanti, ritenuti congrui rispetto al canone annuo previsto a regime che in base al Piano economico finanziario (p.e.f.) presentato dal Proponente è pari a 3.140.008 €”.

La scadenza del termine per la presentazione delle offerte è stata fissata dal Bando-disciplinare alla data del 26.1.2021.

L'AID, tuttavia, con la Determina n. 1 del 4.1.2021, pubblicata in G.U.R.I. in data 11.1.2021, ha revocato la suddetta determina a contrarre n. 174/2020 di indizione della procedura in questione e annullato la procedura di gara in itinere, con la seguente motivazione:

- “nelle more dell'iter autorizzativo del succitato PIT, alla luce di preliminari valutazioni in merito a nuove ipotesi di sviluppo industriale e commerciale, rappresentate all'organo di vertice con nota del 16 novembre 2020 prot. 11852 ed autorizzate con nota del 2 dicembre 2020 prot.47976, l'Agenzia ha rideterminato le proprie strategie organizzative e di business”;
- “il Ministero Difesa ha assicurato la concessione dei fondi necessari per realizzare in house gli interventi previsti nel Project Financing, autorizzato con la DAC in argomento, determinando, quindi, un mutamento dell'interesse pubblico non prevedibile al momento dell'adozione della suddetta determina”;
- “tale ultima situazione rende quindi l'operazione di partenariato pubblico privato non solo non più necessaria e conveniente sotto il profilo economico-finanziario ma neanche giustificabile da un punto di vista normativo sotto il profilo della economicità, efficienza ed efficacia dell'attività amministrativa”;
- “in riscontro a quanto autorizzato dalle Superiori Autorità con la succitata nota del 2 dicembre 2020, è stato predisposto il Programma di Attività e Bilancio di Previsione dell'Agenzia Industrie Difesa solo per l'anno 2021 nel quale l'operazione di partenariato pubblico privato in esame è stata espunta”;
- “l'art. 21 quinquies della Legge n. 241 del 7 agosto 1990 consente di

revocare il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”

Il RTI ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti che è stata rigettata in riferimento a una serie di atti facenti parte del relativo procedimento.

Parte ricorrente ha impugnato, quindi, il provvedimento di revoca della determina a contrarre e di annullamento della procedura di gara, formulando nel contempo un'istanza di accesso agli atti in corso di causa ex art. 116, comma 2, c.p.a.

Per quanto riguarda l'impugnativa della revoca parte ricorrente ha formulato censure relative all'assenza dei presupposti previsti dall'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990 per l'esercizio del potere di autotutela amministrativa, nonché al difetto di motivazione e di istruttoria e alla manifesta violazione delle garanzie partecipative riconosciute dalla legge sul procedimento amministrativo, evidenziando, altresì, che con l'indizione della gara, si fosse ingenerato in capo al Promotore un legittimo affidamento in ordine alla concreta possibilità di conclusione in suo favore della procedura, stante che il RTI era risultato essere l'unico offerente.

La medesima parte ricorrente ha proposto, in subordine, domanda di risarcimento per equivalente monetario nel caso in cui la reintegrazione in forma non dovesse risultare possibile in quanto, laddove la procedura non fosse stata illegittimamente revocata, la stessa sarebbe senz'altro divenuta aggiudicataria o perché individuata quale migliore (recte, unica) offerente o in seguito all'esercizio del diritto di prelazione di cui all'art. 183, comma 15, del

D.Lgs. n. 50/2016, identificando il danno patito in misura pari alla perdita dell'intero utile netto ritraibile dalla durata quindicennale del contratto, nella misura di € 4.835.883,00, oltre al danno all'immagine patito o, in subordine, nel pagamento dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9 del citato art. 183 (2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara).

Inoltre, parte ricorrente, nell'ipotesi in cui la revoca fosse ritenuta legittima, ha formulato istanza di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale, in considerazione dell'intervenuta violazione di doveri di lealtà, correttezza, buona fede, protezione e tutela dell'affidamento gravanti sulla PA che hanno comportato la lesione del diritto di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali, senza subire interferenze illecite derivanti dall'altrui comportamento scorretto.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata resistendo al ricorso.

L'adito T.A.R., con ordinanza n. 3792/2021, ha dichiarato cessata la materia del contendere sull'azione inerente all'accesso ai documenti amministrativi formulata ex art. 116, comma 2, c.p.a., in quanto nelle more del giudizio, ha depositato gli atti richiesti con l'istanza di accesso e tale deposito è risultato soddisfacente, secondo quanto dichiarato dalla stessa parte ricorrente.

Parte ricorrente ha formulato ricorso per motivi aggiunti, sulla base dell'accesso avuto agli atti della procedura, impugnando gli atti e provvedimenti relativi a due procedure aperte indette dalla AID per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso lo Stabilimento Militare Munizionamento Terrestre – Baiano di Spoleto e del servizio di vigilanza armata presso lo stabilimento militare ripristini e recuperi, il cui oggetto coinciderebbe con il principale tra i servizi ricompresi nel project financing

revocato.

L'adito T.A.R., con ordinanza n. 2678/2021, ha rigettato l'istanza cautelare con la seguente motivazione: "Atteso che, prima facie, e in disparte ogni questione risarcitoria, il ricorso introduttivo non pare supportato da fumus boni iuris per quanto riguarda la domanda di annullamento del provvedimento di revoca della determina a contrarre, apparendo la stessa non presentare dei profili di illogicità o difetto motivazionale e stante il potere discrezionale dell'Amministrazione di non portare a termine la procedura; Rilevato che, conseguentemente, neanche il ricorso per motivi aggiunti, volto a censurare gli atti relativi ad altri affidamenti del servizio di vigilanza armata, si palesa supportato da fumus boni iuris".

2) Il ricorso introduttivo si palesa fondato, mentre quello per motivi aggiunti non può essere accolto.

Si premette che il Collegio ben conosce l'orientamento, che ha in parte seguito in sede cautelare, secondo cui la procedura di del cosiddetto Project Financing ha natura tipicamente discrezionale, potendo sempre l'Amministrazione, anche dopo aver dichiarato di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato il promotore privato, decidere di non dar corso all'ulteriore fase della procedura per l'affidamento della concessione, se non più rispondente agli obiettivi inizialmente posti dall'Ente alla base del Project Financing, salvo i casi di irragionevolezza manifesta, carenza di motivazione o travisamento dei fatti, non ravvisabili nell'ipotesi in discussione (T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. II, 10 settembre 2020, n. 559; T.A.R. Firenze n. 1593 del 2019; T.A.R. Venezia n. 184 del 2018; Consiglio di Stato, m. 4177 del 2016, n. 2418 del 2013).

Da ciò consegue che, anche a seguito della dichiarazione di pubblico interesse della proposta, il promotore non può vantare alcun diritto all'indizione della

procedura, essendo titolare di una aspettativa al completamento della procedura che, come tale, non può essere azionata davanti al Giudice Amministrativo, in presenza di scelte discrezionali ed insindacabili dell'Amministrazione circa l'opportunità di contrarre sulla base della medesima proposta, salvo come detto i casi di manifesta irragionevolezza (T.A.R. Bologna, n. 823 del 2017; Consiglio di Stato, n. 4177 del 2016).

L'Amministrazione, infatti, in sede di procedura, può decidere di non dare corso all'aggiudicazione, così come può revocare per motivi di sopravvenuto interesse pubblico la delibera a contrarre, decidendo di non portare ulteriormente avanti la procedura di project financing.

Allo stesso modo il Collegio ben conosce l'orientamento secondo cui, in conformità con la disciplina degli appalti pubblici, la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare la gara e, almeno sino all'atto di aggiudicazione, il partecipante alla gara non ha un interesse differenziato tale che, ad esempio, lo legittimi a ricevere la comunicazione di avvio del procedimento rispetto alla determina di non procedere all'aggiudicazione o di revoca della delibera a contrarre, che comunque, risulta un atto interno della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, in ogni caso il Collegio, rileva che la procedura di project financing aveva raggiunto un certo grado di sviluppo con la presentazione all'Amministrazione intimata di una proposta di project financing, ex art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, la dichiarazione di fattibilità e di pubblico interesse della proposta, l'individuazione di quest'ultimo quale soggetto promotore, l'adozione di una delibera a contrarre per l'attivazione di una procedura di gara aperta per partenariato pubblico privato, l'indizione di una procedura aperta di gara.

Il Collegio non mette in dubbio che l'Amministrazione possa per sopravvenuti

motivi di interesse pubblico legittimamente decidere di non portare a termine la procedura di project financing, non procedendo all'aggiudicazione della gara già bandita, senza che il soggetto individuato come promotore possa pretendere la conclusione positiva del suddetto procedimento sulla base di un ingenerato affidamento. Quest'ultimo, semmai, potrà far valere la responsabilità precontrattuale per violazione delle regole di correttezza e buona fede nell'ipotesi in cui, stante la legittimità della decisione di non portare a termine la procedura, emerga che l'Amministrazione abbia tenuto un comportamento contrario alla suddette regole e violativo del diritto ad autodeterminarsi correttamente nell'esercizio dell'attività negoziale, come indicato dalla (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5 e per quanto riguarda specificamente la procedura di project financing: Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2020, n. 5493; T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 19 marzo 2021, n. 722).

La scelta di non procedere ulteriormente nella procedura di project financing, soprattutto considerato il grado di sviluppo procedimentale raggiunto nel caso di specie, deve tuttavia essere suffragata da una motivazione che evidenzi la ragionevolezza e non illogicità della scelta.

Tale motivazione non può limitarsi ad affermazioni di principio sull'esistenza di ragioni di interesse pubblico ma deve calarsi nell'effettivo contesto amministrativo, dando ragione dei concreti motivi per i quali la procedura di project financing è stata interrotta, quando già si era proceduto all'individuazione del soggetto proponente ed era stata bandita la procedura di gara.

Nel caso di specie come evidenziato da parte ricorrente la generica motivazione di un intervenuto mutamento delle strategie organizzative e di business e la concessione dei fondi necessari per realizzare in house gli

interventi previsti nel Project Financing, rimane circostanza meramente affermata e generica, in quanto non si ravvisano concreti elementi documentali in tal senso, ovverosia una specifica previsione di sussistenza dei fondi per quell'impiego, né una valutazione sul punto.

L'Amministrazione, che inizialmente si era opposta all'ostensione al ricorrente degli atti inerenti a tale punto, non ha, infatti, depositato in giudizio degli specifici documentazione che confermi l'esistenza e la loro destinazione, per quanto generica, all'attività oggetto di project financing.

A ciò si aggiunga che l'Amministrazione ha bandito due procedure di gara, anch'esse impugnate in questa sede, con motivi aggiunti, per l'affidamento di servizi che riguardano almeno in parte l'attività oggetto di previsione del project financing, in tal modo non contribuendo certo a chiarire se tale attività possa essere svolta in house, in base al reperimento dei fondi necessari e sulla base di uno specifico assetto organizzativo (come indicato nel provvedimento gravato), oppure debba essere affidata come servizio all'esterno (nel qual caso aprendo la questione della ragionevolezza anche in termini di convenienza economica rispetto al project financing, tenuto con che la proposta era stata valutata positivamente sotto l'aspetto finanziario).

Ciò a maggior ragione in quanto, l'Amministrazione ha espressamente fatto richiamo nel provvedimento gravato all'esercizio del potere di autotutela, riferendosi all'art. 21 quinquies della Legge n. 241/1990. L'esercizio del potere di autotutela richiede l'espressione di una motivazione di interesse pubblico che, tuttavia, nel caso di specie, come indicato, è stata adottata in modo del tutto generico, senza indicare i vantaggi, in termini economici, organizzativi o funzionali che sarebbero derivati da tale mutamento di orientamento amministrativo, con l'atto di revoca della delibera a contrarre e annullamento della procedura di project financing. Il Collegio ritiene, quindi, che non vi

fossero gli estremi per agire in autotutela annullando la procedura di gara in itinere.

Il medesimo Collegio rileva, altresì, stante la sufficienza di quanto indicato ai fini dell'illegittimità del provvedimento di annullamento, come ritiene meritevole di accoglimento anche l'aspetto inerente alla mancata partecipazione procedimentale.

La posizione del soggetto individuato come promotore del project financing, una volta bandita la procedura per l'affidamento non può essere considerata alla stregua di quella di un semplice partecipante a una gara di appalto, che prima dell'aggiudicazione, per quanto suindicato, non può vantare alcuna pretesa in tal senso.

Il soggetto promotore ha infatti una posizione differenziata e basata su un interesse maggiormente qualificato, anche presente che la decisione di revoca nel caso di specie coinvolge non solo la gara per l'affidamento, il cui bando o invito si riferisce a una serie indeterminata di soggetti, ma la procedura di project financing, in relazione alla quale è insorta una specifica relazione qualificata tra l'Amministrazione e il medesimo promotore.

3) Il ricorso per motivi aggiunti, invece, allo stato non può essere accolto.

Le due procedure bandite dall'Amministrazione, e impugnate con motivi aggiunti, hanno un oggetto almeno in parte diverso rispetto a quello del project financing e un orizzonte temporale limitato.

Dovrà essere pertanto l'Amministrazione a verificare l'eventuale compatibilità del project financing con l'oggetto delle procedure di affidamento bandite, eventualmente procedendo in autotutela nel caso di incompatibilità tra le due, tenendo presente la precedenza temporale di quella di project financing.

4) La pronuncia di illegittimità dell'atto di annullamento assorbe quella di risarcimento danni per responsabilità precontrattuale formulata in via

subordinata, che comunque il Collegio non potrebbe accogliere, restano impregiudicato l'interesse al conseguimento del bene della vita finale e non essendo stata data prova di un autonomo pregiudizio già concretatosi.

5) Per quanto indicato il ricorso introduttivo deve essere accolto e quello per motivi aggiunti rigettato.

In considerazione delle specifiche circostanze inerenti alla controversia e dell'accoglimento limitato al ricorso introduttivo, il Collegio ritiene sussistano eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2021, con collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

Floriana Venera Di Mauro, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO

Con ord.coll. n. 9678, pubblicata in data 10-9-2021, il Collegio dispone la correzione di errore materiale nella sent. n. 8981 pubblicata in data 27-7-2021 e, per l'effetto, stabilisce di sostituire nel dispositivo l'espressione "definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta" con "definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo e rigetta il ricorso per motivi aggiunti". Roma, 10 settembre 2021