

DELIBERA N. 329

21 aprile 2021

Oggetto

Pubblicazione dei provvedimenti finali dei procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte per la realizzazione in concessione di lavori in *project financing*, di cui all'art. 183, comma 15, d.lgs. 50/2016.

Riferimenti normativi

Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, artt. 29, co. 1, 30, co. 8 e 183, co. 15

Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, artt. 7-bis, co. 3, 23, co. 1, lett. b) e 37, co. 1, lett. b)

Legge 7 agosto 1990, n. 241, artt. 1, co. 1, 2, co. 1, e 3, co. 1

Parole chiave

"*project financing* iniziativa privata", "valutazione di fattibilità della proposta", "concessione di lavori ex art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016", "pubblicazione del provvedimento finale", "trasparenza", "dati ulteriori"

Massima

Con riferimento alla procedura di *project financing* 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.

Per i provvedimenti adottati a conclusione della valutazione di fattibilità delle proposte di cui al richiamato art. 183, co. 15, è raccomandata la pubblicazione come dati ulteriori ai sensi dell'art. 7-bis, co. 3, d.lgs. 33/2013.

Tale pubblicazione potrebbe avere ad oggetto, se non il provvedimento integrale, quanto meno gli estremi del provvedimento con l'indicazione, in via esemplificativa, della data, del numero di protocollo, dell'oggetto e dell'ufficio che lo ha formato, oltreché del destinatario ovvero della tipologia di destinatario.

La suddetta pubblicazione va inserita nella sezione "Amministrazione trasparente", sotto-sezione "Altri contenuti – Dati Ulteriori" a cui si potrebbe fare un collegamento ipertestuale dalla sotto-sezione "Provvedimenti" ex art. 23 d.lgs. 33/2013 e, auspicabilmente, altresì dalla sotto-sezione "Bandi di gara e contratti" ex art. 37, co. 1, lett. b), d.lgs. 33 citato.

Riguardo a tali provvedimenti, resta, in ogni caso, ferma la possibilità di esercizio del diritto di accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5, co. 2, e 5-bis del d.lgs. 33/2013.

Visto

il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "*Codice dei contratti pubblici*" e, in particolare, l'art. 183 "*Finanza di progetto*", comma 15 sulla procedura di *project financing* a iniziativa privata;

Vista

la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*" e, in particolare, l'art. 1 "*Principi generali dell'attività amministrativa*", l'art. 2 "*Conclusione del procedimento*" e l'art. 3 "*Motivazione del provvedimento*";

Visto

il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante "*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*", e, in particolare, l'art. 23 "*Obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi*", l'art. 37 "*Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*" e l'art. 7-bis "*Riutilizzo dei dati pubblicati*", co. 3, sulla pubblicazione di dati, informazioni e documenti ulteriori nel rispetto dei limiti indicati dall'art. 5-bis e previa anonimizzazione dei dati personali;

Visto

l'"*Allegato 1) Sezione "Amministrazione trasparente" – Elenco degli obblighi di pubblicazione*" alla Delibera Anac n. 1310 del 28 dicembre 2016, recante "*Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel d.lgs. 33/2013 come modificato dal d.lgs. 97/2016*"

Considerata

la segnalazione ad Anac del 12 ottobre 2020 relativa alla mancata trasparenza dell'azione amministrativa di una ASL in ordine alle proposte degli operatori economici concernenti la realizzazione dei lavori di nuova costruzione di un ospedale presentate ai sensi dell'art. 183, co. 15, del d.lgs. 50/2016;

Considerate

l'istruttoria svolta dagli uffici concernente l'inquadramento giuridico dei provvedimenti adottati nell'ambito della procedura di *project financing* ad iniziativa privata di cui all'art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016 e la riconducibilità degli stessi nell'ambito di applicazione del decreto 33/2013;
l'istruttoria successiva in base alla quale, si è ritenuto che alla luce del concorde indirizzo giurisprudenziale, sussiste l'obbligo di adozione, ai sensi della l. 241/1990, di provvedimenti conclusivi espressi e motivati in ordine alle proposte di cui all'art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016, e che vi sia la possibilità di assicurare la conoscibilità di tali provvedimenti, mediante la pubblicazione come "dati ulteriori", ai sensi dell'art. 7-bis, co. 3, d.lgs. 33/2013;

Viste

le conseguenti decisioni del Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 3 febbraio 2021 e del 16 marzo 2021, con cui, tra l'altro, è stata data indicazione di predisporre una delibera di carattere generale per

auspicare la pubblicazione nella sezione “Amministrazione Trasparente” dei provvedimenti, sia di accoglimento che di rigetto, adottati in ordine alle proposte di cui all’art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, nell’adunanza del 21 aprile 2021

Considerato in fatto

Con una segnalazione è stata evidenziata all’Autorità la mancata trasparenza dell’azione amministrativa di una ASL riguardo agli esiti delle proposte degli operatori economici ricevute ai sensi dell’art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016, concernenti la realizzazione dei lavori di nuova costruzione di un ospedale.

A fronte della segnalazione presentata, l’Autorità ha svolto un approfondimento sull’inquadramento giuridico sostanziale dei procedimenti di valutazione delle proposte di *project financing* iniziativa privata e sulla qualificazione giuridica dei provvedimenti recanti la valutazione positiva o meno di fattibilità delle medesime proposte nonché, nel caso, sulla riconducibilità di essi agli obblighi di pubblicazione del decreto 33/2013.

Preso atto della significativa rilevanza del tema, in ragione del carattere di novità e del fatto che esso riveste valenza di interesse per tutte le stazioni appaltanti, l’Autorità ha ritenuto di adottare una delibera di carattere generale al fine di dare indicazioni in materia.

Considerato in diritto

La procedura di *project financing* a iniziativa privata è prevista dall’art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

Ai sensi del comma 15 citato, gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità, anche se presenti negli strumenti di programmazione già approvati dalla stessa amministrazione sulla base della normativa vigente. L’amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. Dette proposte contengono, tra l’altro, un progetto di fattibilità che, ove approvato, è posto a base di gara cui è invitato il proponente. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro il termine di quindici giorni previsto dalla norma, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell’aggiudicatario, nei limiti indicati, dell’importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta.

Riguardo alla procedura succintamente esposta, la consolidata giurisprudenza ha evidenziato che essa si articola in due serie procedurali (cfr. CdS, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; Tar Lombardia – Milano, Sez. IV, sentenza 28 marzo 2019, n. 619; TAR Veneto – Venezia, Sez. I, 7 agosto 2018, n. 855).

In particolare, la prima fase, di selezione del progetto di pubblico interesse, è intesa alla valutazione della fattibilità che giustifichi l’accoglimento della proposta formulata dall’aspirante promotore. La seconda fase, di scelta del contraente per l’affidamento dei lavori, costituisce la fase vera e propria della procedura pubblica di selezione, finalizzata a consentire alle imprese interessate l’aggiudicazione di una pubblica commessa. Nonostante sussista un nesso di presupposizione necessario tra le due fasi, esse sono strutturalmente autonome.

Nell’ambito della prima fase del *project financing*, la disposizione di cui all’art. 183, co. 15, cit. fissa soltanto i tratti essenziali del procedimento di valutazione delle proposte presentate dai privati all’amministrazione aggiudicatrice.

Si pone, dunque, la questione se, con riferimento all'attività amministrativa di valutazione delle proposte presentate ai sensi del richiamato art. 183, co. 15, trovino applicazione anche le disposizioni di cui alla l. 241/1990. In tal caso, in forza della legge 241/1990, la ricezione di una proposta onera l'amministrazione di rappresentare gli esiti conclusivi dell'azione svolta in un provvedimento amministrativo espresso in cui si dia conto delle ragioni che hanno determinato l'accoglimento o il mancato accoglimento della proposta stessa.

Al riguardo, va evidenziato che il codice, tra i principi generali che sovrintendono l'aggiudicazione di concessioni, ricomprende specificatamente il seguente: *"Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici ... si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, ..."* (art. 30, co. 8, d.lgs. 50/2016).

La predetta disposizione, in merito alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici, rinvia dunque - per quanto non espressamente previsto nel medesimo codice e negli atti attuativi - alla disciplina generale sul procedimento amministrativo.

Della legge 241/1990 si ritiene che, nel caso di specie, rilevino, in particolare, l'art. 1, co. 1, in base al quale l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza. Inoltre, l'art. 2, co. 1, secondo cui, nel caso il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, vincola le pubbliche amministrazioni a concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. E, infine, l'art. 3, co. 1 sulla motivazione.

In linea, sul tema dell'applicabilità delle disposizioni della legge 241/1990 al procedimento di valutazione di fattibilità delle proposte, il Consiglio di Stato ha stabilito che *"la valutazione costituisce la manifestazione della volontà del titolare della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato"*. Di conseguenza, *"Si è, dunque, nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale, dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo"* (cfr. CdS, Sez. IV, sentenza 10 novembre 2005, n. 6287).

La giurisprudenza amministrativa si è espressa anche in merito alla illegittimità del silenzio-inadempimento serbato dall'Amministrazione sulla proposta presentata ai sensi del citato art. 183, co. 15, e all'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, a volte, anche condannando l'Amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto con la nomina di un commissario *ad acta* per il caso di ulteriore inerzia (cfr. TAR Lombardia, Sez. I, sentenza del 17 giugno 2020, n. 1083; TAR Basilicata, Sez. I, sentenza n. 476/2017; TAR Campania, Sez. I, sentenza del 16 giugno 2020, n. 2414).

In particolare, si evidenzia che il Consiglio di Stato, nel 2012, aveva stabilito che l'amministrazione è tenuta a concludere il procedimento con un provvedimento espresso, da adottarsi nel termine fissato dalla legge (cfr. CdS, Sez. V, sentenza 20 aprile 2012, n. 2337). Più di recente, il Consiglio di Stato ha stabilito l'obbligo *"di riscontrare anche in senso negativo l'istanza, esternando le ragioni che non consentivano di valutare positivamente la fattibilità della proposta"*. Ad avviso del giudice, dunque, *"sussiste ... un obbligo di provvedere sulla proposta ..., integrando pertanto la condotta colpevolmente inerte tenuta dall'Amministrazione ..., in violazione dei principi di celerità, doverosità, speditezza e buon andamento dell'azione amministrativa, un'ipotesi di illegittimo silenzio inadempimento, lesivo della posizione di interesse qualificato della proponente ad ottenere la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso e motivato in ordine alla valutazione di fattibilità del progetto e alla sua dichiarazione di pubblico interesse"* (CdS, Sez. V, sentenza del 24 gennaio 2019, n. 603/2019).

Alla luce della giurisprudenza sopra riportata, si evince che, in ordine all'azione amministrativa relativa alla valutazione di fattibilità della proposta, per quanto non espressamente previsto nella disciplina speciale recata dall'art. 183, co. 15, del codice dei contratti pubblici, trova applicazione la disciplina

generale sul procedimento amministrativo. Ne consegue che l'amministrazione, a conclusione del procedimento di valutazione di fattibilità della proposta ricevuta ai sensi dell'art. 183, co. 15 del codice, è tenuta ad adottare un provvedimento amministrativo espresso e motivato ai sensi degli articoli 2, co. 1 e 3, co. 1 della legge 241/1990.

In considerazione di quanto sopra, la questione successiva attiene alla obbligatorietà o meno della pubblicazione del provvedimento di cui si discute ai sensi del d.lgs. 33/2013.

La disposizione del codice, nel fissare i tratti essenziali del procedimento di valutazione di fattibilità delle proposte (art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016), non prevede alcun obbligo di pubblicazione degli atti ad esso relativi e, dunque, neanche in ordine al provvedimento amministrativo finale.

A norma dell'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, che contiene la disciplina generale degli *"Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture"*, deve essere assicurata la trasparenza degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del codice dei contratti pubblici (co. 1, lett. b).

L'art. 29 del codice, che regola in via generale il profilo della trasparenza dei contratti pubblici, sulla fase propedeutica alle procedure per l'affidamento di concessioni di lavori prevede, al comma 1, la pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 33/2013, di tutti gli atti relativi alla programmazione di lavori, ove non considerati riservati ai sensi dell'art. 53 o secretati, ai sensi dell'art. 162 del medesimo codice. Tale norma nulla prevede però in ordine alla pubblicazione dei provvedimenti in argomento.

Del decreto legislativo 33/2013 rileva poi l'art. 23 che disciplina gli *"Obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi"*.

In particolare, nel caso di specie, viene in evidenza la disposizione contenuta nel co. 1, lett. b), secondo cui *"le pubbliche amministrazioni pubblicano e aggiornano ogni sei mesi, in distinte partizioni della sezione «Amministrazione trasparente», gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti, con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis"*.

I procedimenti cui fa espresso riferimento la richiamata lettera b) sono, dunque, i procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, servizi e forniture. Pertanto, i provvedimenti finali dei procedimenti di valutazione di fattibilità, collocandosi nella fase precedente a quella di scelta del contraente, non possono ritenersi sussumibili tra quelli espressamente richiamati dalla norma in esame, sia nel caso di approvazione sia di diniego di accoglimento delle proposte.

Giova evidenziare, tuttavia, che anche in assenza di uno specifico obbligo di pubblicazione, non è esclusa la possibilità di pubblicare i dati in questione come "dati ulteriori", ai sensi dell'art. 7-bis, co. 3, d.lgs. 33/2013.

Ed è proprio alla luce di questo precetto normativo che le amministrazioni possono certamente assicurare un presidio di trasparenza sui provvedimenti finali dei procedimenti di valutazione di fattibilità delle proposte in questione.

L'Autorità raccomanda che sia garantita almeno la pubblicazione degli estremi del provvedimento amministrativo e, al fine di rendere lo stesso chiaramente identificabile, auspica, in via esemplificativa, che siano pubblicati la data, il numero di protocollo del provvedimento, l'oggetto e l'ufficio che lo ha formato oltreché il destinatario ovvero la tipologia di destinatario.

La pubblicazione va fatta nella sotto-sezione di "Amministrazione Trasparente" "Altri contenuti - "Dati ulteriori", a cui si potrebbe fare un collegamento ipertestuale dalla sotto-sezione "Provvedimenti" (in cui

sono pubblicati gli elenchi dei provvedimenti amministrativi ex art. 23) e, auspicabilmente, anche dalla sotto-sezione "Bandi di gara e contratti" ex art. 37, co. 1, lett. b).

Fermo quanto sopra, è opportuno rammentare che, in ogni caso, è possibile l'esercizio del diritto di accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5, co. 2, e 5-bis del d.lgs. 33/2013.

Tutto ciò premesso e considerato, il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

DELIBERA

- che, in ordine alla procedura di *project financing* a iniziativa privata di cui art. 183, co. 15, d.lgs. 50/2016, le amministrazioni sono tenute a concludere, ai sensi della l. 241/1990, il procedimento di valutazione di fattibilità, sia essa positiva che negativa, delle proposte degli operatori economici con l'adozione di un provvedimento amministrativo espresso e motivato;
- che, pur in assenza di uno specifico obbligo di pubblicazione, è raccomandata la pubblicazione dei provvedimenti come "dati ulteriori" ai sensi dell'art. 7-bis, co. 3, d.lgs. 33/2013;
- che, nel rispetto di quanto previsto dal citato art. 7-bis, co. 3, si auspica almeno la pubblicazione, in via esemplificativa, della data, del numero di protocollo del provvedimento nonché dell'oggetto e dell'ufficio che lo ha formato oltre che del destinatario ovvero della tipologia di destinatario;
- che la pubblicazione può essere fatta nella sotto-sezione di "Amministrazione Trasparente" "Altri contenuti - "Dati ulteriori", a cui si potrebbe fare un collegamento ipertestuale dalla sotto-sezione "Provvedimenti" ex art. 23 e, auspicabilmente, anche dalla sotto-sezione "Bandi di gara e contratti" ex art. 37, co. 1, lett. b);
- che, in ordine ai provvedimenti amministrativi in argomento, resta, in ogni caso, ferma la possibilità di esercizio del diritto di accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5, co. 2, e 5-bis del d.lgs. 33/2013.

Il presente provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'Autorità.

Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio il 27 aprile 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente