

Profili processuali e sostanziali del project financing.

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 19-8-2018

Tra le due fasi in cui si articola la procedura di *project financing*, cioè quella di scelta del promotore e quella di affidamento della concessione sulla base della proposta del primo, vi è un nesso di presupposizione necessaria, individuabile nel fatto che a base di quest'ultima vi è il progetto presentato dal promotore la cui proposta sia stata dichiarata di pubblico interesse dall'amministrazione e ulteriormente avvalorata dal diritto di prelazione spettante a favore del proponente il cui progetto di fattibilità sia stato posto a base di gara.

Il procedimento di *project financing* è articolato in sub procedimenti, il primo dei quali, che si conclude con la selezione del promotore, che è il "cuore" dell'intera procedura, poiché all'esito dello stesso viene attribuito un vantaggio ai fini della fase di gara, donde l'onere di impugnare immediatamente l'atto finale, con la conseguenza che l'interesse del privato la cui proposta di *project financing* non è stata ritenuta dall'amministrazione di pubblico interesse, o come nel caso di specie nemmeno valutata, si concentra esclusivamente su questa fase.

Il confronto tra più proposte di contratto, offerte contrattuali o progetti è il metodo principale cui la pubblica amministrazione soggiace nell'individuare la controparte privata perché permette di assicurare i valori cardine dell'imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), e quelli espressamente sanciti dal codice dei contratti pubblici per questo settore di attività delle amministrazioni pubbliche, cioè «*economicità, efficacia, tempestività e correttezza*» ed ancora di «*libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità*», che si applicano anche alla selezione del promotore privato della concessione di *project financing*.

Alla ricorrente che ha partecipato alla fase di selezione del promotore privato, con la presentazione al di una proposta di *project financing*, in qualità di soggetto direttamente inciso dalla selezione, ricaduta sull'impresa concorrente, è dovuta la comunicazione individuale del provvedimento

L'aggravio procedimentale non è oggetto di divieto assoluto per la P.A., ma può legittimamente essere giustificato da « *motivate esigenze*».

Una verifica comparativa quanto meno preliminare va svolta nei confronti di tutte le proposte presentate, nell'interesse non solo dell'operatore economico privato, ma anche della stessa amministrazione.

I precedenti:

Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2016, n. 1692, Cons. Stato, V, 6 ottobre 2016, n. 4130, Cons. Stato, V, 10 settembre 2005, n. 6287, Cons. Stato, V, 20 maggio 2008, n. 2355, Cons. Stato, III, 2 agosto 2017, n. 3872

Guida alla lettura

La V Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza che si segnala, esamina la procedura di affidamento di concessioni in finanza di progetto, soffermandosi, in particolare, sui seguenti aspetti: _

- i rapporti tra le due fasi in cui si articola, la procedura di *project financing*;
- l'individuazione del momento di lesione effettiva della posizione giuridica sostanziale dell'impresa che partecipa alla procedura;
- l'obbligo di comunicazione del provvedimento selettivo del progetto nei confronti delle altre imprese partecipanti alla procedura;
- l'applicabilità dei principi di «economicità, efficacia, tempestività e correttezza» ed ancora di «libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità» alla procedura di *project financing*;
- i limiti di ammissibilità dell'aggravio procedimentale e della sussistenza dell'obbligo di valutazione comparativa.

In merito alla ricostruzione dei rapporti tra le **due fasi** in cui si articola la procedura, cioè quella di **scelta del promotore** e quella di **affidamento della concessione** sulla base della proposta del primo, il Collegio ravvisa un **nesso di presupposizione necessaria**, individuabile nel fatto che a base di quest'ultima vi è il progetto presentato dal promotore, la cui proposta sia stata dichiarata di pubblico interesse dall'amministrazione.

In tal senso, milita il disposto dell'art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016, laddove al comma 15, relativo all'ipotesi di *project financing* ad iniziativa privata, prevede che il progetto di fattibilità contenuto nella proposta del privato ed approvato dall'amministrazione «è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente».

Inoltre, l'esistenza di un rapporto di presupposizione tra le due fasi è ulteriormente avvalorata dal **diritto di prelazione** spettante a favore del proponente il cui progetto di fattibilità sia stato posto a base di gara, che la disposizione citata obbliga a prevedere nel bando.

Ne consegue che, nel caso in cui gli atti della fase di selezione del promotore venissero annullati, l'oggetto della gara verrebbe meno, per cui quest'ultima sarebbe privata di un elemento essenziale, richiesto ai fini della sua validità.

Per completezza, si aggiunge che lo schema finora descritto è coerente con quello invalso nel regime previgente, di cui al codice dei contratti pubblici approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, rispetto al quale con il nuovo codice non sono state introdotte novità sostanziali.

È, quindi, opportuno, per la V Sezione, richiamare la sentenza dell'**Adunanza Plenaria** del Consiglio di Stato del 28 gennaio **2012, n. 1**, in cui si è affermato che **il procedimento di *project financing* è articolato in sub procedimenti, il primo dei quali, che si conclude con la selezione del promotore, «è il “cuore” dell’intera procedura», poiché all’esito dello stesso viene attribuito un vantaggio ai fini della fase di gara, donde l’onere di impugnare immediatamente l’atto finale. Quindi, l’interesse del privato la cui proposta di *project financing* non è stata ritenuta dall’amministrazione di pubblico interesse, o come nel caso di specie nemmeno valutata, si concentra esclusivamente su questa fase**, rispetto alla quale nell’avvio di quella successiva finalizzata all’affidamento della concessione mediante gara non vi sono ulteriori valutazioni da parte dell’amministrazione medesima.

Nel caso di specie, a compimento della fase di selezione del promotore privato si pone la delibera di giunta di approvazione della proposta di realizzazione in concessione del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione, deliberazione che ha dichiarato la proposta del concorrente raggruppamento temporaneo di imprese di «*pubblico interesse*» e che ha segnato, così, la lesione concreta della posizione giuridica sostanziale della ricorrente.

Solo così può, quindi, ritenersi definitivamente pregiudicato l’interesse della ricorrente a vedersi esaminata la propria proposta ai fini della successiva procedura di gara per l’affidamento della concessione, con correlata acquisizione in capo all’impresa concorrente del **vantaggio competitivo derivante dall’essere stato individuato come promotore privato**. Per contro, prima di questo momento né il pregiudizio né il vantaggio ora evidenziati potevano ritenersi verificati.

All’individuazione del momento dell’effettiva lesione si collega la configurazione dell’**obbligo di comunicazione** del provvedimento selettivo del progetto alle imprese concorrenti non selezionate: dato che la ricorrente ha partecipato alla fase di selezione del promotore privato, con la presentazione al Comune di una proposta di *project financing*, il Collegio ha ritenuto che, quale soggetto direttamente inciso dalla delibera comunale che ha invece selezionato le imprese raggruppate concorrenti, alla medesima era dovuta la comunicazione individuale del provvedimento, secondo i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza amministrativa ormai consolidata.

La Sezione si è, poi, occupata della modalità di valutazione delle proposte elaborate dalle imprese concorrenti compiuta dalla P.A. ed ha specificato che si tratta di una questione rilevante per il merito, che non può quindi essere poste a fondamento di un’eccezione di carattere pregiudiziale quale la ricevibilità del ricorso, per evitare l’indebita sovrapposizione tra le due questioni.

Infatti, ai fini della tempestività – sul piano processuale - rileva in via esclusiva la conoscenza dell'atto lesivo.

Il Collegio, premesso che in linea generale **il confronto tra più proposte di contratto, offerte contrattuali o progetti è il metodo principale cui la pubblica amministrazione soggiace nell'individuare la controparte privata** perché permette di assicurare i valori cardine dell'imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), e quelli espressamente sanciti dal codice dei contratti pubblici per questo settore di attività delle amministrazioni pubbliche, cioè « **economicità, efficacia, tempestività e correttezza**» ed ancora di «**libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità**» (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), ha sottolineato che il successivo capoverso della disposizione ora richiamata del codice dei contratti pubblici pone inoltre a carico delle stazioni appaltanti il divieto di «*limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*» (comma 2 dell'art. 30).

Si tratta, quindi, di **principi e regole compatibili con la fase di selezione del promotore privato di una concessione in finanza di progetto**.

Se è vero, infatti, che in essa si esprime la volontà dell'amministrazione, titolare della cura dell'interesse pubblico, se affidare o meno un contratto di concessione sulla base di un'iniziativa proveniente dal privato e che le valutazioni che nella stessa vengono svolte costituiscono tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa, in cui si verifica la coerenza di tale proposta privata con l'interesse pubblico, cosicché laddove una proposta si riveli carente anche sulla base di uno specifico profilo con tale interesse, non vi è luogo a procedere ad una valutazione comparativa con altre analoghe iniziative private.

Ciò che, tuttavia, non va messo in discussione, secondo la V Sezione, è che **una verifica quanto meno preliminare va svolta nei confronti di tutte le proposte presentate, nell'interesse non solo dell'operatore economico privato, ma anche della stessa amministrazione**.

Risulta, quindi, irragionevole, oltre che contrastante con i precetti costituzionali e di legge primaria sopra richiamate, il rifiuto preventivo di verificare se tutte le proposte presentate siano rispondenti all'interesse pubblico primario sotteso alla concessione da affidare.

Il Collegio chiarisce, inoltre, **i limiti di ammissibilità dell'aggravio procedimentale e della sussistenza dell'obbligo di valutazione comparativa** nell'ambito del *project financing*, specificando, sotto il primo profilo, che, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, **l'aggravio procedimentale non è oggetto di divieto assoluto per la P.A., ma può legittimamente essere giustificato da « motivate esigenze »**, ravvisabili nel caso di specie nella presentazione di una proposta alternativa, a quella già presentata sulla quale la stessa amministrazione aveva già espresso le proprie perplessità.

Per quanto concerne invece il fatto che l'art. 183, comma 15, attualmente vigente, non prevede un obbligo di valutazione comparativa delle diverse proposte – come peraltro, già in

precedenza, l'art. 153 dell'ora abrogato codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 - l'espunzione del riferimento alla comparazione tra le offerte va riferita all'orientamento giurisprudenziale che ha escluso la necessità di un simile *modus procedendi* in presenza di proposte risultate comunque carenti sotto un profilo ritenuto essenziale dall'amministrazione.

Non ne discende, quindi, che ogni verifica, anche di carattere preliminare, delle varie proposte presentate, non sia doverosa, deduzione che confligge con le regole generali dell'azione amministrativa e di quelle in materia di contratti pubblici, oltre che, nel caso di specie, con il principio di ragionevolezza.

Inoltre, considerazioni di imparzialità e buon andamento avrebbero imposto di confrontare le proposte delle imprese concorrenti, tanto più che una valutazione comparativa e trasparente avrebbe potuto in ipotesi fugare sospetti di favoritismo, che il Collegio ritiene possano ricorrere nel caso di specie, in virtù del legame partecipativo tra amministrazione aggiudicatrice e potenziale aggiudicatario del servizio di illuminazione pubblica.

La natura di partecipazione di minoranza del rapporto societario in discussione, infatti, non è idonea ad escludere il conflitto di interessi, ravvisabile nella circostanza che l'interesse connesso a tale forma di azionariato pubblico, di valorizzazione economica della partecipazione medesima, attraverso l'aggiudicazione di commesse, si pone in potenziale contrasto con quello dello stesso Comune, nella distinta veste di amministrazione aggiudicatrice, ad ottenere all'opposto condizioni di favore della concessione di servizio oggetto del presente giudizio.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2729 del 2018, proposto da Enel Sole s.r.l., in persona dell'avvocato Sabrina Panfili, in qualità di procuratore speciale in forza di procura per atto del notaio Atlante di Roma del 9 febbraio 2017, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Buoizzi 51;

contro

Comune di Monza, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Assunta Banza e Annalisa Bragante, con domicilio eletto presso gli uffici dell'avvocatura comunale, in Monza, piazza Trento e Trieste;

nei confronti

Acsm-Agam s.p.a., A2a s.p.a., A2a Smart City s.p.a., A2a Illuminazione Pubblica s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), n. 601/2018, resa tra le parti, concernente gli atti con i quali il Comune di Monza, dopo avere manifestato la volontà di avvalersi della facoltà di riscatto degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà di Enel Sole s.p.a., ha dichiarato di pubblico interesse la proposta di *project financing* ex art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici per la gestione del servizio del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato da Acsm-Agam s.p.a., A2a s.p.a., A2a Smart City s.p.a. e A2a Illuminazione Pubblica s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monza;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Cardì e Enoch, per delega di Bragante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Enel Sole s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Lombardia – sede di Milano, con cui è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento degli atti con cui il Comune di Monza ha dichiarato di pubblico interesse la proposta ex art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) presentata dal costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato da Acsm-Agam s.p.a., A2a s.p.a., A2a Smart City s.p.a. e A2a Illuminazione Pubblica s.r.l. per l'affidamento in concessione in finanza di progetto del servizio di illuminazione pubblica (indetto con delibera del consiglio comunale in data 19 luglio 2016, n. 58).

2. Enel Sole aveva proposto il ricorso in qualità di precedente gestore del servizio e proprietario degli impianti, nei confronti del quale il Comune di Monza aveva avviato la procedura di riscatto di questi ultimi. Per quanto ancora rileva nel presente giudizio d'appello la ricorrente aveva lamentato che la dichiarazione di pubblico interesse della proposta avversaria non era stata preceduta da alcuna comparazione con la propria proposta (anticipata al Comune il 26 luglio 2016 e, quindi, formalmente presentata con il corredo di tutti gli elementi previsti dal citato art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, il 12 gennaio 2017); ed inoltre che era stata attribuita preferenza ad una proposta meno conveniente.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito ha dichiarato che tali censure erano irricevibili, sul rilievo che al momento della notifica del ricorso avvenuta il 12 giugno 2017, erano spirati i termini di legge per impugnare:

- l'«*arresto procedimentale*» consistito nella nota del Comune di Monza di prot. n. 21197 del 9 febbraio 2017 con cui l'amministrazione, dato atto che era «*in corso una Proposta di Finanza di progetto*», aveva rappresentato ad Enel Sole che la valutazione della sua proposta era differita «*sino alla definizione della procedura in corso*»;

- la delibera di giunta comunale del 15 marzo 2017, n. 67, con la quale la proposta concorrente era stata dichiarata di pubblico interesse; a questo riguardo il giudice di primo grado specificava che la decorrenza del termine per impugnare il provvedimento andava riferita alla pubblicazione dello stesso nell'albo pretorio ex art. 124 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, poiché la lesione per la Enel Sole era derivata dalla sopra citata nota e non già da tale delibera di giunta.

4. Malgrado la dichiarazione di irricevibilità il Tribunale amministrativo soggiungeva che la censura di difetto di imparzialità dedotta dalla ricorrente, sulla base del fatto che il Comune di Monza detiene una partecipazione azionaria nella Acsm-Agam (pari al 27,1% del capitale), mandataria del raggruppamento temporaneo composto dalle società controinteressate, era «*generica e inconsistente*», e pertanto inammissibile. Ciò sulla base del fatto che non è corretto «*far derivare da una mera partecipazione azionaria minoritaria in un ente privato non strumentale rispetto all'attività tipica dell'amministrazione procedente (...) un'automatica violazione dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione, in virtù cioè di un conflitto di interessi insussistente neanche in via meramente ipotetica*».

5. Infine, anche con riguardo alle censure relative alla convenienza economica della proposta ritenuta di pubblico interesse, il giudice di primo grado ne rilevava l'inammissibilità, perché dirette a contestare valutazioni discrezionali «*che però non sono mai stati esercitati dal Comune convenuto, in quanto la fase comparativa, come detto, non si è mai svolta*», a causa dei precedenti provvedimenti tardivamente impugnati.

6. Con il presente appello Enel Sole contesta tutte le statuizioni della sentenza di primo grado qui sintetizzate e ripropone le censure di legittimità non esaminate.

7. Si è costituito in resistenza il Comune di Monza.

DIRITTO

1. Il Comune di Monza ha eccepito in via pregiudiziale l'inammissibilità dell'appello, per mancata impugnazione dei provvedimenti adottati successivamente alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta delle controinteressate (determinazione a contrarre n. 3438 del 29 dicembre 2017 e bando di gara pubblicato il 7 maggio 2018). Secondo l'amministrazione resistente l'impugnazione della procedura di scelta del promotore fa sorgere in capo al privato la cui proposta non sia stata valutata di pubblico interesse l'onere di impugnare immediatamente anche il bando con cui viene avviata la successiva fase di gara *«quale provvedimento definitivo in cui si consacra la decisione dell'Amministrazione in ordine alla scelta del promotore e del progetto posto a base di gara»*.

2. L'eccezione è infondata.

3. La ricostruzione dei rapporti tra le due fasi in cui si articola la procedura di affidamento di concessioni in finanza di progetto propugnata dal Comune non può essere condivisa. Come infatti deduce Enel Sole, tra la fase di scelta del promotore e quella di affidamento della concessione sulla base della proposta del primo vi è un nesso di presupposizione necessaria, individuabile nel fatto che a base di quest'ultima vi è il progetto presentato dal promotore la cui proposta sia stata dichiarata di pubblico interesse dall'amministrazione.

Ciò si desume dall'art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016, laddove al comma 15, relativo all'ipotesi di *project financing* ad iniziativa di privata si prevede che il progetto di fattibilità contenuta nella proposta del privato e sia stato quindi approvato dall'amministrazione *«è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente»*.

4. L'esistenza di un rapporto di presupposizione tra le due fasi è ulteriormente avvalorata dal diritto di prelazione spettante a favore del proponente il cui progetto di fattibilità sia stato posto a base di gara, che la disposizione del codice dei contratti pubblici in esame obbliga a prevedere nel bando.

5. Quindi, nel caso in cui gli atti della fase di selezione del promotore venissero annullati, l'oggetto della gara verrebbe meno, per cui quest'ultima sarebbe privata di un elemento essenziale, richiesto ai fini della sua validità.

6. Per completezza va aggiunto che lo schema finora descritto è coerente con quello invalso nel regime previgente, di cui al codice dei contratti pubblici approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, rispetto al quale con il nuovo codice non sono state introdotte novità sostanziali.

A questo riguardo va in particolare richiamata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 28 gennaio 2012, n. 1, in cui si è affermato che il procedimento di *project financing* è articolato in sub procedimenti, il primo dei quali, che si conclude con la selezione del promotore, *«è il "cuore" dell'intera procedura»*, poiché all'esito dello stesso viene attribuito un vantaggio ai fini della fase di gara, donde l'onere di impugnare immediatamente l'atto finale (nello stesso senso, da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2016, n. 1692).

Quindi, l'interesse del privato la cui proposta di *project financing* non è stata ritenuta dall'amministrazione di pubblico interesse, o come nel caso di specie nemmeno valutata, si concentra esclusivamente su questa fase, rispetto alla quale nell'avvio di quella successiva finalizzata all'affidamento della concessione mediante gara non vi sono ulteriori valutazioni da parte dell'amministrazione medesima.

7. Tutto quanto finora rilevato trova conferma nel bando di gara e nel disciplinare di gara. Nel primo si prevede quanto segue: «*la procedura è indetta a seguito di proposta di project financing presentata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. 50/2016 dal RTI composto da Acsm-Agam SpA, A2A Spa, A2A (attualmente A2A Illuminazione pubblica) e A2A Smart City dichiarata di pubblico interesse da parte del Comune di Monza con deliberazione della Giunta comunale n. 67 del 15.3.2017...*» (punto II.1.5). Nel secondo è espressamente attribuito al promotore il diritto di prelazione (sezione XII).

8. Nella medesima direzione conduce l'esame della determinazione a contrarre n. 3438 del 29 dicembre 2017, sopra menzionata, posta a base dell'eccezione in esame. In essa non si esprime alcuna valutazione circa l'opportunità di indire la procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione pubblica, ma si richiamano le vicende relative alla fase di selezione del promotore privato, ivi compreso l'esito del giudizio di primo grado.

9. Si può pertanto procedere all'esame dell'appello nel merito.

10. Con il primo motivo d'appello Enel Sole contesta la dichiarazione di irricevibilità del ricorso resa dal Tribunale e deduce in contrario che la nota comunale del 9 febbraio 2017, su cui tale statuizione si fonda, ha natura meramente interlocutoria e non già di arresto procedimentale. Secondo l'appellante l'arresto del procedimento di scelta del promotore va invece fatto risalire alla delibera di giunta n. 67 del 15 marzo 2017, di approvazione della proposta di *project financing* avversaria, conosciuta solo il 18 maggio 2017 (con nota di prot. n. 149388, recante l'offerta del Comune di Monza di riscatto degli impianti di illuminazione). A quest'ultimo riguardo Enel Sole precisa che ai fini dell'impugnazione di quest'ultimo provvedimento era necessaria la comunicazione individuale nei propri confronti, e che per contro non era sufficiente la pubblicazione nell'albo pretorio ex art. 124 t.u.e.l., dal momento che la medesima appellante è ivi espressamente contemplata come «*altro operatore*» autore di una proposta ex art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, rispetto alla quale alcuna comparazione era dovuta ai sensi di tale disposizione del codice dei contratti pubblici.

11. Il motivo è fondato.

12. In primo luogo, lungi dal determinare un arresto procedimentale, la nota comunale del 9 febbraio 2017 si limita a rappresentare che all'epoca era tuttora «*in corso una proposta di Finanza di Progetto*» per il servizio di gestione dell'illuminazione pubblica del Comune di Monza. Nell'atto in esame si specifica ancora che la procedura in corso era destinata a concludersi con «*la sottoposizione della proposta alla Giunta Comunale per l'approvazione*» e che qualora tale proposta non fosse stata approvata «*sarà avviato l'esame della proposta da Voi inoltrata*».

13. La nota ha dunque carattere interlocutorio e da essa non può essere fatta derivare alcuna lesione immediata della sfera giuridica dell'odierna appellante.
14. Come poi deduce ulteriormente Enel Sole, a compimento della fase di selezione del promotore privato si pone la citata delibera di giunta n. 67 del 15 marzo 2017, intitolata «*Approvazione della proposta ai sensi dell'art. 183 c. 15 D.Lgs. 50/2016 di realizzazione in concessione del servizio di gestione, manutenzione e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione...*», con cui la proposta del raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria la Acsm-Agam s.p.a. è stata dichiarata di «*pubblico interesse*» (così nel dispositivo della delibera) e sono stati pertanto adottati tutti gli altri provvedimenti previste dalla disposizione del codice dei contratti pubblici richiamata nell'intitolazione (approvazione del progetto facente parte della proposta e relativo inserimento nel «*programma triennale delle opere pubbliche 2017-2019*», con autorizzazione all'avvio della successiva procedura di gara).
15. Solo così può quindi ritenersi definitivamente pregiudicato l'interesse di Enel Sole a vedersi esaminata la propria proposta ai fini della successiva procedura di gara per l'affidamento della concessione, con correlata acquisizione in capo ad Acsm-Agam del vantaggio competitivo derivante dall'essere stato individuato come promotore privato. Per contro, prima di questo momento né il pregiudizio né il vantaggio ora evidenziati potevano ritenersi verificati. Del resto, nella medesima nota in data 9 dicembre 2017 il Comune di Monza aveva rappresentato ad Enel Sole la possibilità di avviare l'esame della proposta di quest'ultima in caso di mancata approvazione di quella avversaria. La condizione così apposta non si è poi avverata, dacché è solo a questo momento che la lesione per Enel Sole può essere fatta risalire.
16. Occorre poi sottolineare che la stessa odierna appellante aveva inoltre partecipato alla fase di selezione del promotore privato, con la presentazione al Comune di Monza in data 12 gennaio 2017 di una proposta di *project financing*. In ragione di questa circostanza deve pertanto ritenersi che, quale soggetto direttamente inciso dalla delibera comunale che ha invece selezionato le imprese raggruppate da Acsm-Agam, alla medesima Enel Sole era dovuta la comunicazione individuale del provvedimento, secondo i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza amministrativa ormai consolidata (da ultimo, Cons. Stato, V, 6 ottobre 2016, n. 4130).
17. Quanto ora rilevato trova ancora una volta conferma negli atti impugnati. Come infatti si evidenzia nell'appello a questo specifico riguardo, nella stessa delibera di giunta si dà espressamente atto che era «*pervenuta una proposta da parte di altro operatore*», e cioè Enel Sole.
18. Sul medesimo punto va dato atto che il Comune di Monza contesta che la delibera di approvazione della proposta del raggruppamento di imprese con capogruppo la Acsm-Agam avrebbe dovuto essere comunicata in forma individuale all'appellante. Ciò sulla base del rilievo che la proposta di *project financing* di quest'ultima «*non era stata valutata comparativamente, stante la palese discrasia temporale tra i tempi di presentazione della proposta di Acsm-Agam (04/08/2016) e di quella di Enel Sole (12/01/2017)*».

19. In contrario deve tuttavia evidenziarsi che la mancata comparazione tra le due proposte è proprio ciò di cui Enel Sole si duole ed in particolare ciò che determinerebbe l'illegittimità degli atti da essa impugnati nel presente giudizio. Questa questione, rilevante per il merito, non può quindi essere posta a fondamento di un'eccezione di carattere pregiudiziale quale la ricevibilità del ricorso, con indebita sovrapposizione tra le due questioni. Infatti, ai fini della tempestività rileva in via esclusiva la conoscenza dell'atto lesivo, per la quale vale quanto osservato in precedenza.

20. Né in contrario può indurre – come soggiunge l'amministrazione resistente – la circostanza che Enel Sole aveva contestato la decisione del medesimo Comune di non svolgere alcuna comparazione tra le due proposte di finanza di progetto sin dal ricevimento della più volte citata nota del 9 febbraio 2017 (in particolare con nota del 14 febbraio 2017). Va infatti ribadito che il pregiudizio per l'odierna appellante si è verificato solo quando la proposta avversaria è stata dichiarata dal Comune di Monza di pubblico interesse, con il conseguente venir meno della possibilità che tale dichiarazione venisse emessa nei confronti della propria proposta.

21. Lo stesso Comune di Monza ha riconosciuto che la propria delibera n. 67 del 15 marzo 2017 *«giungeva quale atto finale di un iter compiuto dalla PA nel pieno rispetto delle tempistiche e modalità stabilite dalla normativa in vigore»* (pag. 18 della memoria conclusionale).

22. Alla stregua delle considerazioni sinora svolte si rivela dunque errato l'assunto del Tribunale secondo cui la decorrenza del termine per impugnare andava individuata nella pubblicazione della medesima delibera, ai sensi del sopra citato art. 124 d.lgs. n. 267 del 2000.

23. Va poi ulteriormente precisato che rispetto alla conoscenza successivamente acquisita da Enel Sole della delibera di giunta in questione, con la sopra menzionata nota del Comune di Monza del 18 maggio 2017, prot. n. 149388, non vi è contestazione alcuna circa la tempestività del ricorso poi proposto (con spedizione per la notifica fatta il successivo 12 giugno).

24. Si può pertanto procedere ad esaminare gli ulteriori motivi d'appello, concernenti il merito della presente vicenda contenziosa.

25. Con un primo ordine di censure Enel Sole reitera l'assunto che la comparazione delle proposte concorrenti di finanza di progetto sarebbe doverosa, ai sensi dell'art. 183, comma 19, d.lgs. n. 50 del 2016, oltre che in conformità al principio di buon andamento ex art. 97 Cost., e che a ciò il Comune di Monza si era espressamente vincolato, con la delibera con cui era stato deciso l'affidamento in concessione del servizio di illuminazione pubblica (delibera n. 58 del 19 luglio 2016, sopra citata). A questo stesso riguardo Enel Sole sottolinea di essere stato il primo operatore a manifestare al Comune di Monza l'intenzione di presentare una proposta di finanza di progetto ai sensi dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, subito dopo avere appreso della volontà dell'amministrazione di optare per questo modello di gestione del servizio di illuminazione pubblica (con la più volte richiamata delibera consiliare n. 58 del 19 luglio 2016), e che era stata quest'ultima a richiedere di formalizzare una proposta

completa ai sensi della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici. Inoltre, l'appellante contesta che possa avere rilievo la circostanza che tale proposta è stata presentata il 12 gennaio 2017, a distanza quattro mesi circa di quella presentata dalle controinteressate, posto che a tale data la valutazione di queste ultime era ancora in corso, malgrado fosse già spirato il termine di tre mesi per essa previsto dall'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

26. Enel Sole ripropone anche la censura di violazione del principio di imparzialità ex art. 97 Cost., in cui sarebbe incorso il Comune di Monza nel valutare di pubblico interesse una proposta di *project financing* formulata da un raggruppamento temporaneo di imprese in cui detiene una partecipazione del 27,1% del capitale della mandataria Acsm-Agam. Sul punto l'originaria ricorrente sottolinea che le situazioni di conflitto d'interesse rilevanti ai fini del principio costituzionale sono anche quelle potenziali, per cui la censura non poteva essere dichiarata generica, come invece ha fatto il Tribunale amministrativo.

27. Infine è riproposta la censura relativa alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta avversaria, benché comportante oneri per il canone di concessione e investimenti a carico dell'amministrazione concedenti maggiori di quelli offerti da Enel Sole.

28. Le censure così sintetizzate sono fondate.

29. Si deve premettere che in linea generale il confronto tra più proposte di contratto, offerte contrattuali o progetti è il metodo principale cui la pubblica amministrazione soggiace nell'individuare la controparte privata. Solo così sono assicurati i valori cardine dell'imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), e quelli espressamente sanciti dal codice dei contratti pubblici per questo settore di attività delle amministrazioni pubbliche: «*economicità, efficacia, tempestività e correttezza*» ed ancora di «*libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità*» (art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016). Il successivo capoverso della disposizione ora richiamata del codice dei contratti pubblici pone inoltre a carico delle stazioni appaltanti il divieto di «*limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*» (comma 2 dell'art. 30).

30. I principi e le regole ora richiamati sono da ritenersi compatibili con la fase di selezione del promotore privato di una concessione in finanza di progetto.

E' vero infatti che in essa si esprime la volontà dell'amministrazione, titolare della cura dell'interesse pubblico, se affidare o meno un contratto di concessione sulla base di un'iniziativa proveniente dal privato, e che le valutazioni che nella stessa vengono svolte costituiscono tipica manifestazione di discrezionalità amministrativa, in cui si verifica la coerenza di tale proposta privata con l'interesse pubblico (come chiarito da questa Sezione già in epoca risalente: cfr. la sentenza 10 settembre 2005, n. 6287), cosicché laddove una proposta si riveli carente anche sulla base di uno specifico profilo con tale interesse, non vi è luogo a procedere ad una valutazione comparativa con altre analoghe iniziative private (cfr. ancora la pronuncia da ultimo richiamata; in termini analoghi questa Sezione si è espressa

successivamente, con la sentenza 20 maggio 2008, n. 2355).

31. Ciò che tuttavia non è in discussione è che una verifica quanto meno preliminare va svolta nei confronti di tutte le proposte presentate, nell'interesse non solo dell'operatore economico privato, ma anche della stessa amministrazione (come da ultimo ribadito da Cons. Stato, III, 2 agosto 2017, n. 3872, citata da Enel Sole, secondo cui «*Anche a fronte della pluralità di proposte, infatti, l'individuazione e la miglior specificazione del pubblico interesse non può che conseguire alla comparazione di esse*»; § 6.10).

32. E' dunque irragionevole, oltre che contrastante con i precetti costituzionali e di legge primaria sopra richiamate il rifiuto preventivo di verificare se tutte le proposte presentate siano rispondenti all'interesse pubblico primario sotteso alla concessione da affidare.

33. Il giudizio di irragionevolezza ora svolto non è superato dalle difese del Comune di Monza.

34. L'amministrazione resistente controdeduce sul punto evidenziando che nella delibera n. 67 del 15 marzo 2017 si dà atto che la proposta di Enel Sole è pervenuta «*successivamente alla definizione della fattibilità una proposta da parte di altro proponente*» e precisa che con riguardo alla proposta di Acsm-Agam era già stata accertata la relativa fattibilità (nota del 3 novembre 2016, prot. n. 161285), quando quella di Enel Sole non era ancora giunta.

35. L'assunto è smentito dal tenore di quest'ultimo documento e dall'interlocuzione successivamente avviata con il raggruppamento temporaneo controinteressato, poi culminato con la dichiarazione di pubblico interesse della proposta dello stesso. Nella nota in questione viene infatti formulato un giudizio di «*fattibilità della proposta*» di Acsm-Agam, subordinatamente ad una dettagliata serie di condizioni modificative della bozza di convenzione e degli altri documenti contrattuali. A questa dichiarazione di volontà sono seguite le integrazioni documentali richieste e degli ulteriori approfondimenti svolti.

36. Di tutto ciò si dà atto nella delibera n. 67 del 15 marzo 2017, da considerarsi dunque come atto conclusivo della valutazione di fattibilità della proposta del privato ex art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, in cui si sostanzia la dichiarazione di pubblico interesse della stessa.

In questa parte della delibera si precisa che in data 16 gennaio 2017 si è tenuto un «*tavolo tecnico, composto da personale interno all'amministrazione è stata effettuata verifica di rispondenza dei documenti integrativi a quanto richiesto*» e che in quella occasione erano «*emerse alcune perplessità interpretative circa la completa aderenza alle richieste dell'amministrazione nonché confermate degli elaborati già presentati*».

37. Occorre allora evidenziare che a questa data era già stata depositata la proposta di Enel Sole – il deposito in questione è avvenuto il 12 gennaio - e, inoltre, che le «*perplessità*» sono state superate solo una volta che la Acsm-Agam ha depositato la documentazione contrattuale recante le integrazioni richieste solo in data 13 marzo 2017.

38. Deve pertanto escludersi che il Comune di Monza non fosse nelle condizioni di esaminare la proposta di Enel Sole prima di definire la sua posizione con Acsm-Agam.

39. La medesima amministrazione sottolinea inoltre l'esigenza di rispettare il termine di tre mesi previsto dal citato art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici (termine qualificato come «*perentorio*» da tale disposizione).

40. Sennonché di questa esigenza non si fa menzione nella delibera n. 67 del 15 marzo 2017. Come poi controdeduce l'appellante, il termine in questione era comunque già spirato, poiché il deposito della proposta del raggruppamento temporaneo controinteressato risale al 4 agosto 2016.

41. Il Comune di Monza deduce ulteriormente che il termine di tre mesi in questione si riferisce alla fattibilità astratta della proposta, cui fa poi seguito la successiva e distinta fase di approvazione del progetto presentato dal promotore privato. Quanto ora rilevato non toglie che la fattibilità della proposta è stata espressa dal Comune stesso solo dopo le integrazioni documentali richieste, a titolo di condizione, con la sopra richiamata nota del 3 novembre 2016, prot. n. 161285; e precisamente con la delibera n. 67 del 15 marzo 2017, con cui sulla proposta medesima è stato dichiarato l'interesse dell'amministrazione al fine del successivo affidamento della concessione mediante gara. Come rilevato in precedenza, inoltre, nella medesima delibera vi è stata anche l'approvazione del progetto del raggruppamento temporaneo controinteressato.

42. Sotto un distinto profilo il Comune di Monza deduce che l'esame della proposta di Enel Sole avrebbe determinato un aggravio dell'iter procedimentale ai sensi del medesimo art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 ed inoltre che, diversamente da quanto previsto dall'art. 37-ter della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 (poi trasfuso nell'art. 154 d.lgs. n. 163 del 2006), la disposizione attualmente vigente non impone un esame comparativo delle proposte di *project financing*.

43. In contrario va tuttavia evidenziato, con riguardo al primo dei profili ora in discussione, che anch'esso non è espresso nella delibera n. 67 del 15 marzo 2017, ed in ogni caso che ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'aggravio procedimentale può legittimamente essere giustificato da «*motivate esigenze*», ravvisabili nel caso di specie nella presentazione di una proposta alternativa, a quella già presentata sulla quale la stessa amministrazione aveva già espresso le proprie perplessità.

44. Per quanto concerne invece il fatto che l'art. 183, comma 15, attualmente vigente non prevede un obbligo di valutazione comparativa delle diverse proposte – come peraltro, già in precedenza, l'art. 153 dell'ora abrogato codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, nel quale era stata trasfusa la disciplina del *project financing*, ad opera del “terzo correttivo”, di cui al decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 – tale deduzione prova troppo.

45. L'espunzione del riferimento alla comparazione tra le offerte va riferita all'orientamento giurisprudenziale sopra citato, che ha escluso che un simile *modus procedendi* fosse necessario in presenza di proposte risultate comunque carenti sotto un profilo ritenuto essenziale dall'amministrazione. Non è pertanto corretto inferire da ciò che ogni verifica, anche di carattere preliminare, delle varie proposte presentate, non sia doveroso. Come sopra

esposto tale assunto confligge con le regole generali dell'azione amministrativa e di quella in materia di contratti pubblici sopra richiamate, oltre che, nel caso di specie, con il principio di ragionevolezza parimenti evidenziato in precedenza.

46. Deve poi sottolinearsi che la valutazione della proposta di Enel Sole, in aggiunta a quella del raggruppamento temporaneo di cui è mandataria la Acsm-Agam, era nella presente vicenda contenziosa quanto mai necessaria anche sulla base delle ulteriori censure svolte da quest'ultima nel presente giudizio e riproposte con l'atto d'appello.

47. Infatti, evidenti considerazioni di imparzialità e buon andamento avrebbero imposto di confrontare la proposta dell'odierna appellante rispetto a quella del raggruppamento temporaneo di cui è mandataria la Acsm-Agam, partecipata al 27,1% dal Comune di Monza.

Una valutazione comparativa e trasparente avrebbe infatti potuto in ipotesi fugare i sospetti di favoritismo, che invece possono ben essere formulati nel caso di specie, in virtù del legame partecipativo tra amministrazione aggiudicatrice e potenziale aggiudicatario del servizio di illuminazione pubblica.

48. Non sono infatti condivisibili le contrarie considerazioni svolte sul punto dal Tribunale amministrativo circa la genericità delle censure di Enel Sole e dal Comune di Monza, incentrate sulla natura di partecipazione di minoranza del rapporto societario in discussione.

Questa circostanza non è idonea ad escludere il conflitto di interessi, ravvisabile nella circostanza che l'interesse connesso a tale forma di azionariato pubblico, di valorizzazione economica della partecipazione medesima, attraverso l'aggiudicazione di commesse, si pone in potenziale contrasto con quello dello stesso Comune, nella distinta veste di amministrazione aggiudicatrice, ad ottenere all'opposto condizioni di favore della concessione di servizio oggetto del presente giudizio.

49. Al medesimo riguardo, deve poi sottolinearsi che nell'ultima censura di cui si compone l'appello Enel Sole prospetta una maggiore convenienza della propria proposta per il Comune di Monza, desunta «*Dalle sole informazioni sulla proposta del RTI ACSM-AGAM ricavabili dagli atti impugnati*» (pag. 26 dell'appello), per la quale fornisce il dettaglio delle relative grandezze «- è prevista una spesa per il Comune di € 2,1 milioni, contro € 1,8 milioni offerti da Enel; - il canone annuale è di € 2,46 milioni, contro gli € 1,8 milioni offerti da Enel; - gli investimenti pubblici previsti ammontano ad € 10 milioni, mentre l'offerta di Enel prevede soli € 5 milioni» (ibidem).

50. Sul punto specifico non vi è contestazione alcuna da parte dell'amministrazione resistente e ciò avvalorando ulteriormente, ai sensi dell'art. 64, comma 2, cod. proc. amm., la fondatezza delle censure di violazione del principio di imparzialità formulate dall'odierna appellante Enel Sole.

51. In conclusione, l'appello deve essere accolto. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado ed in accoglimento del ricorso di Enel Sole vanno annullati gli atti impugnati con quest'ultimo mezzo, oltre che, in via derivata, quelli successivamente emanati dal Comune di

Monza e relativi alla fase di gara per l'affidamento della concessione.

52. Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate, per la complessità delle questioni controverse nel presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso di Enel Sole s.r.l. ed annulla gli atti con esso impugnati, nonché, in via derivata, la determinazione a contrarre e il bando di gara adottati dal Comune di Monza.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere