

Project financing, natura provvedimento dell'atto conclusivo della fase pre-procedimentale strutturata in chiave competitiva: applicabilità del rito appalti?

di Antonio La Marca

Data di pubblicazione: 14-6-2024

Le controversie relative alla fase pre-procedimentale di cui all'articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 si devono infatti ritenere escluse dal rito speciale in materia di appalti e quindi dall'applicazione del dimezzamento dei termini di cui agli articoli 119 e 120 c.p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298; id., 13 dicembre 2023, n. 10758). Per quanto l'attività di valutazione possa essere "procedimentalizzata", come nel caso di specie, grazie all'autovincolo che l'Amministrazione si è imposta, la procedura per cui è causa non è riconducibile alle procedure di "affidamento" di contratti pubblici cui l'articolo 119, comma 1, lettera a), c.p.a. (norma eccezionale da interpretare in senso rigorosamente restrittivo).

Sussiste l'interesse dell'operatore economico ad impugnare l'atto conclusivo della fase ex art. 183, comma 15, D. Lgs. 50/2016, qualora l'Amministrazione attraverso un avviso per manifestazioni di interesse non solo abbia sollecitato il mercato ai fini della presentazione di proposte ai sensi del citato articolo 183, comma 15, ma si sia anche autovincolata disciplinando ex ante una vera e propria valutazione comparativa tra le offerte pervenute, sulla base di parametri tecnici ed economici e correlativi punteggi predefiniti, ed abbia poi nominato una commissione tecnica per l'esame delle proposte pervenute, in modo da trasformare la detta fase pre-procedimentale in una sorta di procedura competitiva.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9610 del 2023, proposto dalla Siram S.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con la Coopservice società cooperativa p.a., la Servizi Italia S.p.a. e la Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro società cooperativa a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Botto, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sara Cacciatore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della Ladisa S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di impresa (RTI) con la Servizi Ospedalieri S.p.a., la Meit Multiservices S.r.l., la GBS S.r.l. e la Debar Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, n. 1034 dell'11 agosto 2023, resa tra le parti, concernente gli esiti di un avviso pubblico per l'acquisizione di manifestazione di interesse per la presentazione di proposte di *project financing* nell'ambito dell'intervento di realizzazione del Nuovo Ospedale San Cataldo di Taranto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto e della Ladisa S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'istanza di passaggio in decisione dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2024, il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Botto e Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Siram S.p.a., mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (di seguito RTI) con la Coopservice, la Servizi Italia e la Cooperativa Solidarietà e Lavoro, ha

partecipato al procedimento avviato dall'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Taranto, con avviso pubblico del 29 settembre 2021, per l'acquisizione, tramite la piattaforma EMPULIA, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, di una proposta di *project financing* nell'ambito dell'intervento di realizzazione del nuovo ospedale San Cataldo di Taranto, inclusi i servizi pluriennali di gestione e le attività di progettazione.

1.1. In relazione allo stesso avviso pubblico ha presentato una proposta anche il RTI costituito dalla società Ladisa S.p.a., quale mandataria, e dalla Servizi Ospedalieri S.p.a., dalla Meit Multiservices S.r.l., dalla GBS S.r.l. e dalla Debar Costruzioni S.p.a..

1.2. Al termine della fase di valutazione, la Commissione ha assegnato alla proposta del RTI Ladisa un punteggio complessivo pari a 90,42 e a quella del RTI Siram un punteggio complessivo pari a 90,00. Il Direttore generale della ASL, con delibera prot. n. DEL-3150-2022 del 16 dicembre 2022, ha quindi dato atto della maggiore convenienza della proposta del RTI Ladisa.

1.3. Contro quest'ultima deliberazione la Siram ha proposto ricorso al Tar di Lecce, sostenendo, nella sostanza, l'errata valutazione operata dalla Commissione (che avrebbe applicato i criteri di valutazione in modo illogico ed irrazionale), e la violazione delle regole contenute nella *lex specialis* (la Commissione avrebbe seguito un diverso *iter* per l'assegnazione del punteggio non avendo formulato punteggi autonomi da parte dei singoli commissari ma un'unica valutazione in sede collegiale).

2. Il Tar, con la sentenza indicata in epigrafe (n. 1043 del 2023), ha respinto il ricorso, compensando le spese di giudizio.

2.1. In particolare, lo stesso Tribunale ha preliminarmente rilevato che la procedura di *project financing* di cui all'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (di seguito indicato come codice dei contratti pubblici) avrebbe individuato due serie procedurali strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse, la seconda di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, quest'ultima a sua volta distinta nelle sub-fasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del Promotore del diritto di prelazione.

2.2. In tale ambito, ha sottolineato il Tar, la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché proceduralizzata, sarebbe stata connotata da amplissima discrezionalità, tale da non potere essere resa sindacata nel giudizio amministrativo di legittimità, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustificasse, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore e che lo scopo finale dell'intera procedura, interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore, sarebbe stata l'aggiudicazione della concessione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.3. Tuttavia, per lo stesso giudice, la controversia sarebbe stata comunque attratta nel rito

degli appalti ex artt. 119 e 120 c.p.a., in quanto relativa ad una procedura finalizzata a selezionare il proponente incaricato della progettazione di massima, e che dunque sussisteva l'onere di immediata impugnazione della deliberazione di scelta del promotore anche prima della conclusione dell'intero procedimento di gara.

2.4. Il Tar, prescindendo dalle eccezioni di irricevibilità e inammissibilità del gravame, ha poi ritenuto infondate le censure del RTI ricorrente in ordine alla pretesa di vedere escludere il RTI Ladisa, alla illogica ed irrazionale valutazione operata dalla Commissione incaricata della valutazione delle proposte, nonché alla mancata corrispondenza tra quanto prescritto dall'avviso pubblico e le concrete operazioni di valutazione.

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la società Siram sulla base dei motivi di gravame di seguito sinteticamente indicati.

3.1. Il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto "*verosimile*" l'eccezione di irricevibilità per tardività del motivo di censura relativo alle modalità di valutazione della Commissione (i commissari avrebbero attribuito punteggi identici in modo collettivo). Tuttavia, secondo parte appellante, nel giudizio *de quo* non troverebbero applicazione le regole del rito appalti, non potendosi configurare il provvedimento impugnato come atto adottato all'esito di una procedura di affidamento. La disciplina processuale degli appalti avrebbe infatti carattere eccezionale rispetto a quella ordinaria e non si sarebbe potuta applicare, anche con riferimento ai termini di proposizione del ricorso, nell'ipotesi dell'impugnazione della delibera che prendeva un atto concernente la valutazione delle proposte di *project financing*.

3.2. Nel giudizio di primo grado le parti resistenti hanno sollevato un'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse. Il Tar avrebbe in proposito assunto una posizione non chiara ritenendo che l'atto di scelta del promotore dovesse considerarsi attributivo di una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto, non specificando se tale lesività potesse essere riconosciuta anche laddove non fosse ancora intervenuta la relativa dichiarazione di pubblica utilità (come nel caso di specie).

3.3. Il Tar non ha ritenuto fondata la censura relativa al difetto di istruttoria per errata valutazione delle proposte da parte della Commissione. Secondo l'appellante, invece, emergerebbe con chiarezza un esercizio irragionevole, illogico e non proporzionale della discrezionalità tecnica, nonché una applicazione distorta delle regole stabilite nell'avviso pubblico.

3.3.1. In particolare, con riferimento ai criteri e ai sub criteri indicati nell'art. 7 dell'avviso, criteri a cui si era espressamente autovincolata la ASL, venivano distinti gli aspetti tecnici (qualità, pregio tecnico e tempo di realizzazione di ogni intervento, condizioni della concessione, capacità tecnica professionale dell'operatore economico) da quelli economici della proposta. E se gli aspetti della convenienza economica avrebbero dovuto avere rilievo, quelli tecnici avrebbero dovuto avere preponderanza nella valutazione posto che agli stessi era attribuibile un massimo di ben 90 punti contro i 10 relativi ai criteri sull'equilibrio tra volume degli investimenti e la previsione delle entrate.

3.3.2. L'Amministrazione in sede di valutazione ha però attribuito i punteggi connessi agli aspetti tecnico-qualitativi della proposta della società appellante (sub criteri 1 e 2) sottintendendo una valutazione di natura economica (sub criteri 3 e 4), così ampliando di fatto il peso di quest'ultima componente. Ad esempio, è stata ritenuta eccessiva la proposta dell'appellante sul numero degli interventi chirurgici, nonostante la prevista realizzazione di 20 sale operatorie, mentre per la Commissione ci si sarebbe dovuto attestare sul dato storico del volume degli interventi senza un incremento.

3.3.3. Più nel dettaglio, parte appellante ha proposto un maggior numero di interventi chirurgici ordinari (pari a 25.600), superiore a quello di cui ai D.R.G. del 2019 riportati nell'Avviso.

3.3.3. In definitiva, secondo l'appellante, l'ampia discrezionalità che pure caratterizza la scelta del promotore non avrebbe potuto, contrariamente a quanto affermato dal Tar, consentire di esulare da un esame circa le ragioni della scelta in relazione ai criteri predeterminati dalla stessa Amministrazione.

3.4. La sentenza impugnata sarebbe erronea anche laddove ha ritenuto infondata la censura relativa alla modalità con cui ha operato la Commissione. L'avviso prevedeva due fasi, una prima, nella quale ciascun commissario avrebbe dovuto valutare autonomamente le proposte, ed una seconda, di valutazione collettiva. Dai verbali sarebbe invece risultato che non vi è stato un momento di valutazione singola da parte dei commissari.

4. La società Ladisa si è costituita in giudizio il 21 dicembre 2023 ed ha depositato un'ulteriore memoria il 22 febbraio 2024. L'ASL appellata si è costituita il 25 gennaio 2024 ed ha depositato memorie il 25 e il 29 gennaio e il 12 febbraio 2024.

4.1. Entrambe le parti hanno chiesto la reiezione dell'appello ed in primo luogo nuovamente eccepito, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., la carenza di interesse della parte appellante in quanto l'atto di individuazione del proponente, che dovrà presentare la proposta, andrebbe qualificato come meramente eventuale e quindi non idoneo a determinare una lesione della posizione della stessa.

4.2. L'intimata Ladisa ha poi ribadito quanto già dedotto in primo grado circa la tardività del motivo di censura relativo all'operato della Commissione. Stante l'applicazione del rito sugli appalti, la prospettazione sul punto di parte ricorrente sarebbe tardiva (i verbali delle operazioni della Commissione sono stati comunicati ai concorrenti con pec del 15 dicembre 2022 a mezzo della pubblicazione sul portale agli stessi accessibile ed anche in una istanza di accesso ai documenti di gara la stessa appellante avrebbe dato atto della conoscenza degli stessi sin dal 19 dicembre 2022. Il ricorso di primo grado è stato invece notificato in data 13 febbraio 2023, quindi oltre il termine dimidiato di trenta giorni previsto dall'art. 120 c.p.a.).

5. La società appellante ha depositato un'ulteriore memoria il 12 febbraio 2024 e repliche il 22 febbraio 2024.

6. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 14 marzo 2024.

7. Preliminarmente, il Collegio esamina le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità dell'impugnativa di primo grado, riproposte ritualmente dall'appellata ASL e dalla intimata Ladisa, essendo state le stesse assorbite dalla reiezione nel merito del ricorso cui è pervenuto il primo giudice (contrariamente a quanto in via cautelativa rilevato dall'appellante, le stesse infatti non sono state esaminate dal Tar, potendosi qualificare i passaggi motivazionali della sentenza su cui parte appellante si concentra nei primi due motivi di appello alla stregua di meri *obiter dicta*).

7.1. Relativamente all'eccezione di tardività del secondo motivo di primo grado, relativo alle modalità con cui ha operato la Commissione (eccezione mossa dall'intimata Ladisa), la stessa non può considerarsi fondata. Le controversie relative alla fase pre-procedimentale di cui all'articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 si devono infatti ritenere escluse dal rito speciale in materia di appalti e quindi dall'applicazione del dimezzamento dei termini di cui agli articoli 119 e 120 c.p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298; id., 13 dicembre 2023, n. 10758). Per quanto l'attività di valutazione possa essere "procedimentalizzata", come nel caso di specie, grazie all'autovincolo che l'Amministrazione si è imposta, la procedura per cui è causa non è riconducibile alle procedure di "affidamento" di contratti pubblici cui l'articolo 119, comma 1, lettera a), c.p.a. (norma eccezionale da interpretare in senso rigorosamente restrittivo).

7.2. Quanto all'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse riproposta dalla ASL appellata e dalla Ladisa, va innanzitutto evidenziato che tale rilievo è articolato in relazione alla peculiare natura dell'atto con cui l'Amministrazione individua in sede di *project financing* la proposta di interesse pubblico, a seguito di proposta pervenuta ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (proposte spontaneamente presentate da operatori economici).

7.3. Sia la ASL che la parte intimata incentrano l'eccezione sul richiamo al consolidato indirizzo secondo cui, nella fase pre-procedimentale di valutazione dell'interesse delle proposte pervenute ex articolo 183, comma 15, citato, non vi è alcuna certezza né sul fatto che il progetto presentato sarà dichiarato di pubblico interesse (l'Amministrazione può chiedere modifiche allo stesso), né conseguentemente sul fatto che l'operatore economico che tale progetto ha presentato sarà nominato promotore della futura procedura di *project financing* (la quale, in effetti, non è affatto detto che vi sia). Tale giurisprudenza, tuttavia, risulta elaborata con riferimento all'ipotesi "fisiologica" del precitato comma 15, in cui una o più proposte progettuali siano pervenute spontaneamente dagli operatori economici e l'Amministrazione, come suo dovere in base alla norma (che addirittura procedimentalizza questa fase), se ne sia fatta carico e le abbia esaminate. In tali casi, la giurisprudenza ha precisato che, anche dopo che la proposta sia stata ritenuta fattibile e corrispondente all'interesse pubblico, in capo al proponente non sorge alcuna aspettativa giuridicamente qualificata e l'Amministrazione resta libera di revocare tale decisione e non dar corso alla procedura di *project financing* (in tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 19 settembre 2022, n. 8072; id., sez. V, 23 giugno 2020, n. 4015; id., 4 febbraio 2019, n. 820, tutte afferenti a fattispecie in cui era lo stesso originario proponente a insorgere avverso la successiva decisione dell'Amministrazione di non dare corso alla procedura).

7.4. Nel caso di specie, invece, è stata la stessa Amministrazione attraverso un avviso per manifestazioni di interesse a sollecitare il mercato ai fini della presentazione di proposte ai sensi del citato articolo 183, comma 15 (ciò che non è infrequente nella pratica ed è certamente legittimo, e anzi è stato addirittura consigliato dall'ANAC con una delibera richiamata nelle premesse del provvedimento impugnato nel presente giudizio), ma per di più si è autovincolata disciplinando *ex ante* una vera e propria valutazione comparativa tra le offerte pervenute, sulla base di parametri tecnici ed economici e correlativi punteggi predefiniti, ed ha poi nominato una commissione tecnica per l'esame delle proposte pervenute, in modo da trasformare la detta fase pre-procedimentale in una sorta di procedura competitiva.

7.5. In questo quadro, non sembra possa ritenersi che l'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato debba estendersi anche alla posizione dell'operatore economico che abbia presentato un'offerta che è stata valutata comparativamente dall'Amministrazione in base a criteri prefissati *ex ante* e che insorge avverso gli esiti di tale valutazione favorevoli ad altra offerta, anziché alla propria. Ciò sulla base delle seguenti considerazioni:

a) innanzitutto, lo stesso autovincolo che l'Amministrazione si è imposta nel disciplinare la valutazione delle offerte pervenute a seguito dell'avviso avrebbe poco senso se poi si ritenesse che nessuno dei proponenti può avere interesse a censurarle (oppure se ne predicasse una sostanziale incensurabilità richiamando l'amplissima discrezionalità valutativa che per pacifica giurisprudenza connota le decisioni della p.a. nella suindicata ipotesi "fisiologica" di presentazione spontanea delle proposte di cui all'articolo 183, comma 15);

b) in secondo luogo, occorre rimarcare la novità terminologica contenuta nel citato comma 15 dell'articolo 183, rispetto alle norme previgenti, laddove si assume che la valutazione dell'Amministrazione in questa fase pre-procedimentale debba avere a oggetto la "fattibilità" della proposta o delle proposte ricevute dagli operatori economici, e non più soltanto se queste siano di pubblico interesse;

c) infine, a favore della tesi della lesività dell'esito di tale valutazione pre-procedimentale (e, quindi, dell'interesse a una sua impugnazione da parte di chi ne sia rimasto escluso) c'è anche un rilievo di carattere pratico, ché laddove si assumesse effettivamente trattarsi di un mero atto endoprocedimentale privo di carattere lesivo, la conseguenza sarebbe che gli operatori che hanno partecipato infruttuosamente alla fase *de qua* dovrebbero ritenersi legittimati a impugnare "a valle" il successivo eventuale provvedimento con cui l'Amministrazione designi come promotore del *project financing* l'operatore che invece ha superato positivamente la precedente fase, in evidente contrasto con elementari principi di speditezza ed economia dell'attività amministrativa. Infatti, non è possibile immaginare, al contrario, che chi abbia infruttuosamente partecipato alla fase pre-procedimentale, specie quando, come nella specie, questa sia stata costruita nelle forme di una procedura competitiva, non abbia interesse a censurare neanche tale ultimo atto. Così opinando, si finirebbe per dover concludere che l'Amministrazione abbia indetto una procedura comparativa totalmente inutile, perché in ogni caso la scelta circa la proposta da preferire può essere compiuta in modo arbitrario e anche disattendendo i criteri che la stessa Amministrazione aveva prefissato, oppure che vi sia un tratto di valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione stessa di fatto completamente insindacabile.

7.6. D'altra parte, quanto all'aspetto di cui al precedente punto *b*), si è osservato in giurisprudenza che la norma del 2016, a differenza di quelle anteriori, non richiede più, con espressione se non generica, quantomeno astratta, una valutazione in termini di pubblico interesse della proposta di partenariato, ma qualifica in modo più specifico l'attività di cui è investita l'Amministrazione, richiedendosi un accertamento non tanto o non solo limitato alla rilevanza pubblicistica dell'iniziativa, che certamente pure deve sussistere, ma, penetrando sin da subito il dettaglio tecnico ed economico in cui è declinato il progetto, al fine di rilevarne la sua piena appetibilità per il mercato settoriale e, in definitiva, la sua realizzabilità, non solo in astratto, ma in concreto (cfr. Tar Lazio, sez. I-*quater*, 11 maggio 2017, n. 5702). Tale opzione, come osserva la stessa sentenza citata, è coerente con la ricostruzione normativa dell'*iter* di programmazione delle opere pubbliche, laddove ai fini dell'inserimento degli interventi negli atti di programmazione occorre che le amministrazioni ne abbiano valutato proprio la "fattibilità", attraverso il progetto di fattibilità tecnica ed economica (PFTE) ovvero il documento di fattibilità delle alternative progettuali (DOCFAP) (articolo 21, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016). Inoltre, il riferimento a una valutazione di "fattibilità" autorizza le amministrazioni, proprio come nel caso di specie, a sollecitare le proposte progettuali degli operatori privati interessati ad assumere il ruolo di promotore in una procedura di *project financing* riservandosi una valutazione anche sulle caratteristiche tecniche delle proposte pervenute, oltre che sulla loro convenienza economica. E tale pratica è destinata a diventare ancora più frequente dopo che, con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, il comma 15 dell'articolo 183 è stato modificato in modo da consentire la presentazione "spontanea" di proposte di *project financing* anche per gli interventi già compresi nel programma delle opere pubbliche, oltre che per quelli che non vi sono compresi come era nella formulazione originaria della norma (la modifica è stata confermata anche nell'attuale articolo 193, comma 11, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

7.7. Con riguardo al punto *a*) di cui sopra, pare condivisibile anche l'assunto dell'appellante secondo cui l'avviso pubblicato dall'Amministrazione per l'acquisizione di manifestazioni di interesse, per il modo stesso in cui era predisposto (procedura di valutazione comparativa con tanto di indicazione di criteri e sub criteri per i vari aspetti tecnici delle proposte che sarebbero pervenuti, e di un distinto punteggio per gli aspetti economici e per il piano economico e finanziario – PEF), era tale da indurre gli operatori economici a puntare anche sul pregio tecnico della proposta da elaborare, oltre che sulla convenienza economica, configurandosi come autovincolo ai fini della successiva valutazione delle proposte: in questo senso, anche se non applicabile *ratione temporis* alla vicenda per cui è causa, può assumere un rilevante valore interpretativo l'attuale articolo 2, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023, il quale, nel declinare il principio della fiducia (uno dei principi fondamentali della materia dei contratti pubblici), e con previsione estesa all'intero ambito "*delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti*", valorizza il rispetto, fra gli altri, degli "*auto-vincoli amministrativi*" quale circostanza in presenza della quale non sussiste la colpa grave dell'agente pubblico, con formulazione anch'essa ampia che certamente si presta a ricomprendere anche la fase pre-procedimentale del *project financing*, ove "procedimentalizzata" come è avvenuta nel caso in esame.

8. Ciò premesso, nel merito l'appello è fondato nei limiti di seguito indicati.

9. Deve ritenersi infatti assorbente il primo motivo d'appello, col quale parte appellante reitera le doglianze articolate avverso le valutazioni tecnico-discrezionali che hanno portato l'Amministrazione a "premiare" la proposta di Ladisa a scapito della sua.

9.1. In proposito, va innanzitutto precisato quanto segue:

a) l'appellante nella specie lamenta un'applicazione distorta ed erronea dei criteri e sub criteri di valutazione dell'offerta tecnica stabiliti dallo stesso avviso pubblico, *sub specie* di "condizionamento" delle valutazioni tecniche da parte di profili di convenienza economica, e che sia l'Amministrazione che Ladisa riconoscono che ciò sia avvenuto nell'attività della Commissione che ha valutato le proposte, ritenendo però che un tale *modus operandi* sia legittimo in ragione della peculiarità della procedura di cui all'articolo 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, che non è mirata a individuare la migliore offerta ma solo a selezionare quella rispondente all'interesse pubblico;

b) pertanto, nel caso di specie il *punctum dolens* della controversia non è che da parte attrice vi sia una sollecitazione all'organo giurisdizionale a ingerirsi in una valutazione tecnico-discrezionale riservata alla p.a. (le parti appellate non eccepiscono nulla di tutto questo), quanto piuttosto la diversa ampiezza che le parti contrapposte riconoscono alla discrezionalità *tout court* dell'Amministrazione, assumendo le resistenti che questa sfuggirebbe per sua natura alle censure di parte ricorrente siccome finalizzata a valutazioni di pubblico interesse, mentre l'appellante ritiene che per effetto dell'autovincolo che la stessa Amministrazione si era imposta la Commissione era tenuta ad attenersi strettamente ai criteri e sub criteri previsti dalla *lex specialis*, e la scorretta applicazione di questi sarebbe perfettamente censurabile e sindacabile in sede giurisdizionale.

9.2. In effetti, è dalle stesse difese delle parti resistenti che (al di là di un tentativo di revocare in dubbio la "superiorità" dell'offerta di Siram, ciò che non è nemmeno il punto decisivo come meglio appresso si dirà) emerge il riconoscimento del fatto, che dunque può considerarsi incontestato, che la Commissione, anche quando ha dovuto valutare gli aspetti dei criteri di cui ai punti 1) e 2) dell'avviso pubblico (quelli più strettamente afferenti alle caratteristiche tecniche delle proposte da esaminare), lo ha fatto attraverso la "lente" della convenienza economica, finendo per assegnare i punteggi sulla base non del semplice giudizio tecnico sugli aspetti esaminati, ma piuttosto della rappresentazione o previsione di come essi avrebbero inciso sugli oneri a carico dell'Amministrazione ovvero sulla ripartizione dei rischi tra le parti (circostanze che, altrettanto pacificamente, formavano oggetto dei diversi criteri di cui ai punti 3) e 4).

9.3. Tuttavia, questo *modus procedendi* non può considerarsi conforme ai canoni di una corretta applicazione delle regole della procedura *de qua*, fermo restando che, come evidenziato dalla stessa ASL appellata, questa non era soggetta alle regole del codice dei contratti, ma unicamente al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'articolo 97 Cost..

9.4. Ed è proprio in virtù dei predetti principi che l'Amministrazione non poteva sottrarsi da una corretta applicazione della disciplina che essa stessa si era data, se si considera:

i) che l'opera per cui è causa, come si evince dal provvedimento impugnato in primo grado, era già ricompresa nella programmazione e le relative risorse erano state già stanziare;

ii) che proprio per questo, l'Amministrazione aveva strutturato la procedura come una valutazione comparativa fra più offerte sulla base di criteri i quali, ancorché "a maglie larghe" e non di estremo dettaglio (come sottolineano le parti resistenti), denotano che essa aveva già un quadro abbastanza chiaro delle esigenze da soddisfare, di modo che, in questo caso più che mai, la valutazione da compiere avrebbe avuto per oggetto la "fattibilità" delle proposte pervenute (come testualmente recita l'articolo 183, comma 15), da intendersi anche nel senso di fattibilità tecnica, oltre alla sua rispondenza all'interesse pubblico;

iii) che quanto all'ampia discrezionalità dell'Amministrazione la quale restava anche padrona di non selezionare nessuna delle proposte pervenute, questa era proclamata fin dall'inizio dell'avviso pubblico, ma ciò non esclude affatto – ferma restando la discrezionalità delle scelte successive – che, qualora una proposta fosse stata selezionata, ciò sarebbe dovuto avvenire nel rigoroso rispetto dei criteri di valutazione che la stessa Amministrazione si era data;

iv) che, pertanto, alla stregua di quanto sopra rilevato circa l'inesistenza nella specie di una vera e propria gara e l'inapplicabilità delle norme del codice dei contratti pubblici, la questione non è quella di un'indebita commistione tra profili dell'offerta tecnica e profili dell'offerta economica (e in effetti non è di questo che parte appellante si duole), bensì se le conclusioni raggiunte all'esito dell'attività valutativa risultino, alla stregua di un sindacato estrinseco ed esclusa ogni surrogazione giudiziale nell'attività amministrativa, congruamente motivate rispetto ai criteri di valutazione individuati dalla stessa Amministrazione.

9.5. A tutto ciò può aggiungersi che l'assunto difensivo delle resistenti, secondo cui i minori punteggi attribuiti alla proposta dell'odierna appellante per alcuni criteri e sub criteri tecnici sarebbero stati dovuti alla minor convenienza economica che questi disvelavano nella proposta complessivamente intesa, oltre a risentire dell'incongruità che si è sopra evidenziata e a costituire, come dedotto dall'appellante, una non consentita integrazione *ex post* della motivazione (nulla di tutto ciò rinvenendosi nella motivazione degli atti impugnati in prime cure), entra in stridente contraddizione, come pure evidenziato nell'appello, con il fatto che per i criteri effettivamente coinvolgenti l'aspetto economico delle proposte (quelli di cui ai punti 3) e 4) alla proposta Siram sono stati attribuiti punteggi pari o addirittura superiori a quelli assegnati alla proposta della controinteressata.

10. La ritenuta fondatezza delle censure sulla valutazione della proposta dell'appellante esonera dall'esame dell'ulteriore motivo di gravame relativo alle modalità con le quali la Commissione ha operato le sue valutazioni.

11. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va accolto nei limiti sopra indicati della rilevata carente e/o contraddittoria motivazione da parte della Commissione, con conseguente dovere dell'Amministrazione, salva e impregiudicata ogni determinazione di segno diverso, di rinnovare l'attività valutativa essendo ciò possibile proprio perché, non trattandosi di una procedura di affidamento, fin dappprincipio in essa non hanno operato i principi di anonimato e segretezza delle offerte.

12. Le spese del doppio grado di giudizio, tenuto conto della complessità della controversia e della novità delle questioni esaminate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9610 del 2023, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi indicati in motivazione.

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 14 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

Pier Luigi Tomaiuoli, Consigliere

Guida alla lettura

La natura della delibera conclusiva della fase pre-procedimentale del *Project financing*, di cui all'art. 183, comma 15, D. Lgs. 50/2016, e i relativi corollari processuali rappresentano il fulcro argomentativo della sentenza in commento. Il Consiglio di Stato in particolare chiarisce che il quesito esegetico non ha risposta univoca, ma postula una valorizzazione delle caratteristiche della singola fattispecie concreta.

Il Supremo Consesso, infatti, richiamando la giurisprudenza sul punto, osserva che **tendenzialmente** la delibera in esame assurge a mero atto endoprocedimentale - pertanto, insuscettibile di ledere l'interesse legittimo dell'operatore economico e, quindi, non impugnabile- giacché il progetto presentato dal privato potrebbe anche non essere dichiarato di interesse pubblico né tantomeno è certo lo svolgimento della procedura di *project financing*; in tale fase, dunque, non sussiste alcuna certezza in ordine alla nomina del predetto operatore economico quale promotore della **eventuale** finanza di progetto.

Le coordinate giurisprudenziali testé richiamate, però, non trovano applicazione qualora sussistano due condizioni: *in primis*, sia stata la p.a., mediante un avviso per manifestazioni di

interesse a sollecitare il mercato affinché pervenissero proposte ex art. 183, comma 15; *in secundis*, l'Amministrazione si sia autovincolata fissando regole tecniche ed economiche disciplinanti il confronto comparativo delle **offerte** e abbia strutturato la procedura in chiave **competitiva**, nominando anche una commissione tecnica. In ipotesi siffatte la determinazione finale dell'ente deve ritenersi di carattere **provvedimentale**, con conseguente **interesse ad agire** degli operatori economici che hanno partecipato infruttuosamente a tale fase.

Il Collegio soggiunge che a sostegno dell'assunto militano tre argomenti.

Innanzitutto, è illogico ritenere che, a fronte di un- volontario- autovincolo per la selezione delle offerte, il privato non possa contestare la decisione della p.a. violativa proprio del predetto autovincolo, *rectius* dei criteri tecnici ed economici fissati nell'avviso per manifestazioni di interesse.

Inoltre, dal punto di vista normativo, non casualmente l'art. 183, comma 15, statuiva (oggi l'art. 193, comma 2, D.Lgs. 36/2023) che tale fase pre-procedimentale fosse diretta non solo alla verifica dell'interesse pubblico, ma anche della **fattibilità** della proposta progettuale.

Dal punto di vista pratico, infine, è del tutto irragionevole ritenere che l'unico atto, *rectius* provvedimento, impugnabile sia la successiva nomina come promotore dell'operatore economico che ha superato la fase pre-procedimentale; soluzione del tutto collidente con ragioni di speditezza ed economia dell'attività amministrativa, ma che soprattutto renderebbe di fatto ultronea la procedura competitiva approntata dall'Amministrazione.

Le argomentazioni sopra esposte **non** inducono, però, il Consiglio di Stato a ritenere **applicabile il rito appalti ex artt. 119 e 120 C.p.a.** alle controversie *de quibus*. Si precisa, infatti, che tale regime processuale ha natura eccezionale, il che impone interpretazioni/applicazioni restrittive; pertanto, deve escludersene l'operatività alla fase pre-procedimentale, ancorché strutturata in chiave competitiva, giacché essa non è suscumbibile nell'alveo delle procedure di affidamento di un contratto pubblico.

La sentenza in commento, dunque, statuisce che l'epilogo di una procedura propedeutica a un confronto competitivo tra operatori economici, il cui esito è subordinato all'applicazione di criteri tecnici ed economici fissati dalla pubblica amministrazione, è suscettibile di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo; esso, infatti, concretizza un **provvedimento amministrativo** espressione di discrezionalità tecnica. Ciò, però, non è sufficiente ad equiparare il procedimento così strutturato a una procedura di affidamento di un contratto pubblico e, dunque, a ritenere operante il regime processuale di cui agli artt. 119 e 120 C.p.a..