



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12100 del 2017, proposto da:
Conversion & Lighting S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Michele Guzzo ed Alice
Volino, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Piemonte, 39;

contro

Comune di Velletri, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati
Andrea Ruffini, Marco Orlando, Matteo Valente, Angelo Annibali ed Alessandra
Capozzi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Sistina n. 48;
Centrale Unica di Committenza non costituito in giudizio;

nei confronti

CEIE Power S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, corso Trieste 16;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara del 6.11.2017 della Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Velletri, Lariano, Velletri Servizi S.p.A., Volsca Ambiente S.p.A., recante “Project Financing per l'affidamento in concessione della gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà del Comune di Velletri compresa la fornitura della energia elettrica nonché la realizzazione di interventi di adeguamento normativo ed efficientamento energetico offerti in sede di gara”, CIG 7251089BED, CUP I14H16001070005;

- in parte qua, di tutta la documentazione di gara e gli allegati al bando di gara;
- della determinazione del Dirigente del Settore 6 “Servizio Gestione e manutenzione servizi e reti comunali” del Comune di Velletri n. 1190 del 31.10.2017 avente ad oggetto “Adeguamento normativo ed efficienza impianti illuminazione pubblica e servizio gestione e manutenzione degli stessi, compresa fornitura energia elettrica con opzione finanziamento conto terzi tramite concessione. Approvazione Capitolato Speciale -Disciplinare -Bando gara. Avvio gara e finanziamento spesa”;

della deliberazione della Giunta Comunale n. 128 del 22.6.2017 di approvazione del progetto per la “realizzazione di interventi di adeguamento normativo ed efficienza energetica degli impianti di illuminazione pubblica e per il servizio di gestione degli stessi, comprensivo della fornitura elettrica con l'opzione di finanziamento conto terzi tramite concessione”;

di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quello impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Velletri e della CEIE Power S.p.A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2018 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la Conversion & Lighting s.p.a. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, anche in via provvisoria, a) il bando di gara del 6.11.2017 della Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Velletri e Lariano, Velletri Servizi s.p.a. e Volsca Ambiente s.p.a., recante "Project financing per l'affidamento in concessione della gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà del Comune di Velletri compresa la fornitura dell'energia elettrica nonché la realizzazione di interventi di adeguamento normativo ed efficientamento energetico offerti in sede di gara", b) tutta la documentazione di gara e gli allegati al bando di gara; c) la determinazione del Dirigente del Settore 6 Servizio gestione e manutenzione servizi e reti comunali del Comune di Velletri n. 1190 del 31.10.2017, avente ad oggetto "Adeguamento normativo ed efficienza impianti illuminazione pubblica e servizio gestione e manutenzione degli stessi, compresa la fornitura di energia elettrica con opzione di finanziamento conto terzi tramite concessione. Approvazione Capitolato speciale – disciplinare – bando. Avvio gara e finanziamento spesa"; c) deliberazione della Giunta Comunale n. 128 del 22.06.2017 di approvazione del progetto per la "realizzazione di interventi di adeguamento normativo ed efficienza energetica degli impianti di illuminazione pubblica e per il servizio di gestione degli stessi, comprensivo della fornitura elettrica con l'opzione di finanziamento conto terzi

tramite concessione”; d) ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quelli impugnati.

Con il medesimo atto la ricorrente ha anche domandato il risarcimento del danno in forma specifica, mediante rinnovazione dell'attività amministrativa, o per equivalente.

A sostegno delle sue domande, la ricorrente ha dedotto 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 183 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 26 della l.n. 488/1999, dell'art. 1 della l.n. 296/2006, dell'art. 2 comma 225 della l.n. 191/2009 nonché dell'art. 1 del d.lgs. n. 95/2012; 2) violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità, ragionevolezza e proporzionalità, eccesso di potere per difetto di istruttoria e omessa motivazione; 3) violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 79 del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi generali in tema di proporzionalità, tutela della concorrenza e parità di trattamento; 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 168 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per illogicità manifesta travisamento dei fatti e difetto di istruttoria; 5) violazione e falsa applicazione degli artt. 3, comma 1 lett. eee), 181 comma 3 e 183 del d.lgs. n. 50/2016 e dei principi sanciti dalla giurisprudenza amministrativa in ordine al corretto inquadramento giuridico della procedura di affidamento, eccesso di potere per travisamento dei fatti, impossibilità di formulare un'offerta per omessa indicazione di dati essenziali, violazione dei principi di leale collaborazione e buon andamento della Pubblica Amministrazione; 6) violazione dei principi di par condicio, trasparenza, leale collaborazione e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Velletri e la CEIE Power s.p.a., eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito del ricorso.

Con decreto n. 6611 del 7.12.2017 e con ordinanza n. 217 del 16.01.2018 il Presidente della Sezione Seconda bis ed il Collegio hanno rigettato l'istanza cautelare.

All'udienza pubblica del 20.02.2018 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

La Conversion & Ligting s.p.a., titolare della Convenzione Consip "Luce 3" per il lotto n. 5 – Regioni Lazio e Abruzzo, ha lamentato l'illegittimità, in primo luogo per violazione di legge, della procedura indetta dal Comune di Velletri, tramite la Centrale Unica di Committenza, per l'affidamento di una concessione relativa al "servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di illuminazione pubblica di proprietà comunale, compresa la fornitura di energia elettrica, nonché la realizzazione di interventi di adeguamento normativo ed efficientamento energetico", con cui l'Amministrazione Comunale aveva posto a base di gara la proposta di project financing presentata dal promotore CEIE Power s.p.a., con aggiudicazione del servizio secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente, nel termine di 30 giorni dalla pubblicazione del bando di gara del 6.11.2017, ha, quindi, impugnato, come anticipato, il bando stesso, la documentazione di gara e gli allegati, la determinazione dirigenziale del Comune di Velletri n. 1190 del 31.10.2017 di approvazione del capitolato, del bando e del disciplinare e di avvio gara e finanziamento della relativa spesa e la deliberazione della Giunta Comunale n. 128 del 22.06.2017 di dichiarazione del pubblico interesse del progetto e di riconoscimento della CEIE Power s.p.a. nel ruolo di "soggetto promotore", deducendo 1) che l'Amministrazione Comunale sarebbe stata "obbligata ad aderire alle convenzioni (Consip), non potendo indire autonomamente una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del medesimo servizio (già) oggetto di convenzione", 2) che l'operato del Comune di Velletri era tanto più errato poiché nelle sue deliberazioni non c'era "traccia di alcuna valutazione né di una

specifica motivazione” dell’indizione di una autonoma procedura di gara, 3) che il bando era, altresì, inficiato da un’“evidente sproporzione” nella “fissazione del termine per proporre l’offerta”, avendo concesso ai potenziali concorrenti per formulare la loro proposta il termine di soli 39 giorni, “del tutto sproporzionato ed ingiustificatamente restrittivo della concorrenza”, 4) che una rilevante sproporzione ed una palese irragionevolezza dovevano cogliersi anche nell’“estensione temporale (15 anni) della concessione oggetto di gara, anch’essa priva di alcuna giustificazione”, 5) che la procedura doveva, in ogni caso, considerarsi sprovvista dell’elemento – indefettibile, invece, in tutte le figure contrattuali di Partenariato Pubblico-Privato - dell’assunzione del rischio, secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell’operatore privato, mancando, nell’ipotesi de qua, anche la cd. “matrice dei rischi” e, cioè, il documento di sintesi dell’analisi dei rischi connessi all’intervento, 5) che le carenze documentali ed informative che avevano caratterizzato tutto il procedimento non potevano che influire negativamente sulla par condicio tra i concorrenti, “confermando l’esistenza di un innegabile ulteriore vantaggio competitivo a favore del promotore, in danno di tutti gli altri operatori economici potenzialmente interessati”.

Costituendosi in giudizio il Comune di Velletri e la controinteressata CEIE Power s.p.a. hanno eccepito, in via preliminare, l’inammissibilità del ricorso e delle singole censure sotto diversi profili.

Tali eccezioni sono in parte fondate ed appaiono meritevoli di essere condivise nei seguenti termini.

L’Amministrazione Comunale ha sostenuto, in primo luogo, l’irricevibilità del gravame per “tardività dell’impugnazione dell’atto presupposto”, costituito dalla delibera della Giunta Comunale n. 128 del 22.06.2017, che aveva dichiarato il pubblico interesse del progetto presentato dalla CEIE Power s.p.a. ed aveva

individuato formalmente tale società come soggetto promotore del project financing.

Il suddetto atto, con il quale il Comune di Velletri “avendo posto tra i propri obiettivi l’adeguamento di tutto il capitale della pubblica illuminazione per renderlo efficiente, sicuro, sostenibile sotto il profilo economico ed ambientale, anche in virtù dell’avvento di nuove tecnologie sul mercato che garantiscono il raggiungimento di dette finalità e con particolare riferimento alle indicazioni comunitarie sull’obiettivo 2020 riguardante i cambiamenti climatici e la sostenibilità energetica”, ha deliberato a) “di approvare tutta la documentazione presentata dalla CEIE Power s.p.a. ai sensi dell’art. 183 co.15 d.lgs. 50/2016...riguardante la realizzazione di interventi di adeguamento normativo e di efficienza energetica degli impianti di pubblica illuminazione e per il servizio di gestione e manutenzione degli stessi, comprensivo della fornitura di energia elettrica con l’opzione del finanziamento conto terzi tramite concessione di anni 15 e dell’importo a base d’asta annuale pari ad € 553.874,71 oltre IVA...”; b) “di promuovere a Promotore la CEIE POWER s.p.a. ...ai sensi dell’art. 183 co. 15 d.lgs. 50/2016, attribuendogli tutte le prerogative fissate dallo stesso articolo di legge”; c) “di avviare le procedure di gara nelle forme stabilite dal d.lgs. 50/2016, fissandolo come obiettivo 2016 del 6° Settore...” e d) “di dare atto dell’avvenuto inserimento ... dell’intervento ... nel DUP (Documento Unico di Programmazione 2017-2019) approvato con Delibera di Consiglio Comunale 26 del 30 marzo 2017”, rappresenta, in verità, l’atto immediatamente e concretamente lesivo dell’interesse della ricorrente ad essere scelta come affidataria del servizio per la sua qualità di titolare della convenzione Consip Luce 3, prevedendo una procedura – il project financing e la successiva gara - assolutamente incompatibile con tale opzione.

Per contestare tempestivamente ed efficacemente la decisione dell’Amministrazione di ricorrere allo strumento del Partenariato Pubblico-Privato e il difetto di

motivazione di tale determinazione l'Amministrazione Comunale avrebbe, dunque, dovuto impugnare immediatamente la delibera n. 218/2017, che tali statuizioni già contiene, e non attendere l'adozione del successivo bando, che appare - per gli aspetti della scelta della procedura e dell'opzione del project financing - meramente confermativo della suddetta delibera.

La centralità e l'immediata lesività dell'atto di scelta del promotore sono state sottolineate anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 1/2012, richiamata dal Comune di Velletri a sostegno della sua eccezione.

In tale pronuncia, resa, in verità, in relazione al diverso caso del rapporto tra soggetto selezionato come promotore e gli altri operatori che avevano presentato presso l'Amministrazione i loro progetti di project financing, l'Adunanza Plenaria ha affermato che "...da un lato, infatti, la selezione del promotore crea, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella migliore; se poi non esercita tale diritto di prelazione, il promotore vanta l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta... Sul versante opposto, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute. È vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di pari rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore. In definitiva, il bene della vita nel procedimento di project financing è il conseguimento della concessione sulla base

del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto. In coerenza con i principi generali in tema di legittimazione e interesse al ricorso, l'atto di scelta del promotore è pertanto immediatamente e autonomamente lesivo, e immediatamente impugnabile da parte degli interessati. Non vi è semplice facoltà, ma onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione, sicché la scelta del promotore che non venga tempestivamente impugnata non potrà più essere contestata dopo la conclusione dell'intero procedimento. Tale soluzione, oltre a rispondere a principi cardine del nostro sistema quali quelli della pienezza e immediatezza della tutela, soddisfa anche l'interesse pubblico, evitando, se del caso, l'inutile espletamento di un'attività amministrativa notoriamente complessa e costosa. L'onere di immediata impugnazione dell'atto di scelta del promotore garantisce infatti che in tempi rapidi (attesa l'applicabilità dello speciale rito abbreviato per i contratti pubblici) si raggiunga certezza sulla legittimità della scelta della procedura, con evidente vantaggio per i successivi snodi della stessa... Le conclusioni raggiunte, per quanto riferite alla disciplina, non più vigente, dettata dagli artt. 37bis e ss., legge n. 109 del 1994, trovano conferma anche nella vigente disciplina del project financing, recata dall'art. 153, d.lgs. n. 163 del 2006 e successive modificazioni... Anche quando le proposte vengano presentate autonomamente senza previo bando della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 153, comma 16, al promotore prescelto spetta il diritto di prelazione in caso di procedura di concessione o pubblica gara, ovvero quanto meno il diritto al rimborso delle spese in caso di procedura di dialogo competitivo (art. 153, comma 18). È dunque ancor più evidente la posizione di vantaggio che deriva dall'essere scelto come promotore e quindi l'interesse a contestare tale scelta” (Adunanza Plenaria 28.01.2012 n. 1).

Se ciò vale, come detto, per gli operatori che abbiano presentato all'Amministrazione proposte diverse da quella prescelta, deve valere, a maggior ragione, anche per la ricorrente che, per effetto della determinazione della Giunta Comunale di far ricorso al Partenariato Pubblico-Privato e di individuare nella CEIE Power s.p.a. il soggetto promotore, ha visto definitivamente frustrato il suo interesse a svolgere l'attività in questione in virtù della sua qualità di titolare della Convenzione Consip.

A differenza di quanto evidenziato, poi, dal Consiglio di Stato in una recente decisione in cui erano in questione alcune note ministeriali nelle quali il MIBACT, invece di avvalersi delle convenzioni-quadro già esistenti, aveva espresso l'intenzione di indire autonome procedure per l'acquisizione di determinati servizi con atti che non assumevano, però valenza provvedimentale e non potevano, quindi, determinare l'inammissibilità del gravame per tardiva impugnazione (cfr. Cons. St. Sez. V, 28.03.2018 n. 1937), la delibera n. 128 del 22.06.2017 adottata dalla Giunta Comunale nel caso in esame, è, dunque, l'atto immediatamente lesivo dell'interesse della ricorrente ad essere preferita per lo svolgimento del servizio in virtù della Convenzione Consip, perché rappresenta il provvedimento formale con cui il Comune di Velletri ha manifestato la sua volontà di non utilizzare lo strumento della Convenzione Consip, ma di dar seguito ad altra procedura specificamente prevista dalla legge, il project financing, ed alla selezione di un operatore economico sul libero mercato.

Non a caso sono esposte proprio in tale atto, come evidenziato, ancora, dalla difesa dell'Amministrazione, anche le motivazioni di tale scelta, date per presupposte nel successivo bando di gara.

Le considerazioni che precedono conducono alla dichiarazione dell'inammissibilità del ricorso sia nella parte volta a contestare la scelta dell'Amministrazione di far

ricorso al project financing invece che alla Convenzione Consip, sia nella parte relativa al preteso difetto di motivazione di tale decisione (motivi I e II del ricorso). Con il terzo motivo la ricorrente ha, poi, censurato il termine stabilito dal bando di gara per la presentazione delle offerte che, ingiustificatamente ed irragionevolmente breve in rapporto alla complessità dell'oggetto della procedura, sarebbe stato lesivo della concorrenza, conferendo un illecito vantaggio al promotore.

Tale doglianza, pur ammissibile, come le successive, anche se formulata da parte di un soggetto, come la Conversion & Lighting s.p.a., che non ha concretamente preso parte alla gara, in quanto relativa ad un aspetto potenzialmente ostativo alla partecipazione alla procedura stessa, è infondata.

A prescindere dalla sua genericità (dovuta al fatto che in essa la ricorrente si è limitata a lamentare l'esiguità del termine concesso, senza fornire alcuna precisa indicazione in ordine ai motivi della affermata insufficienza o agli inconvenienti che gli – altri – operatori avrebbero dovuto affrontare e superare per presentare le loro offerte) la suddetta censura non appare meritevole di accoglimento, essendo il termine stabilito dal bando, pari a 39 giorni, comunque pienamente conforme alla previsione dell'art. 60 del Codice dei contratti pubblici e non essendo l'ulteriore disciplina dell'art. 79 dedotta dalla ricorrente a sostegno della sua tesi, in realtà richiamata dall'art. 183 del Codice stesso, che regola il project financing.

Parimenti infondati sono gli ulteriori motivi, con cui la ricorrente ha contestato l'eccessiva durata della concessione, la mancanza di assunzione del rischio da parte dell'operatore economico privato e la violazione dei principi di par condicio e trasparenza.

L'art. 168 del Codice dei Contratti, recependo l'art. 18 della Direttiva 2014/23/UE stabilisce in materia il principio cardine per cui la durata delle concessioni non è predeterminata, ma deve essere calcolata in funzione dell'entità della prestazione che il concessionario è tenuto a rendere e della necessità di rientro degli investimenti.

Centrale per valutare la convenienza economica di un'operazione di project financing è, quindi, il criterio del Valore Attuale Netto (cd. VAN) che consente di calcolare il valore del beneficio netto atteso dall'iniziativa economica e la ricchezza incrementale generata dall'investimento.

Tale indice, affinché un progetto possa essere valutato favorevolmente, deve assumere un valore positivo, perché solo in tal caso l'iniziativa risulta in grado di produrre flussi monetari sufficienti a ripagare l'esborso iniziale ed a remunerare i capitali impiegati nell'operazione.

Nella fattispecie in questione, nel Piano Economico e Finanziario depositato dalla CEIE Power s.p.a., l'indice VAN presenta un valore positivo solo a partire dal quattordicesimo anno e ciò appare idoneo a giustificare, congiuntamente alle altre caratteristiche dell'operazione, contraddistinta da un importante impegno economico del Concessionario e dalla complessità dell'attività da svolgere, la durata della concessione di 15 anni, così come già evidenziato e statuito nella delibera di Giunta Comunale n. 128/2017.

Quanto alla assunzione del rischio dell'operazione, dai documenti in atti e dalla configurazione complessiva del progetto che da essi emerge, tale elemento – fondamentale in tutte le ipotesi di Partenariato Pubblico-Privato - viene posto interamente a carico del Concessionario, come prescritto dall'art. 183 del Codice dei contratti, come dimostrano le previsioni dell'art. 3, commi 3 e 4 dello Schema di concessione, per cui “il rischio di costruzione è totalmente in capo al privato Concessionario”, così come “il rischio di disponibilità...(che) attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione degli impianti a seguito della quale la qualità del servizio reso risulta inferiore ai livelli previsti nell'accordo contrattuale” e dell'art. 9 commi 2 e 3 , per cui “l'ammortamento degli investimenti realizzati dal Concessionario comprensivo di tutti i relativi costi, sarà a

totale rischio del medesimo e non costituirà in alcun modo onere per l'Ente Concedente”

La “matrice dei rischi” è, infine, in realtà, prevista in una proposta di Linee Guida dell'ANAC ancora non approvata che enuncia, tra l'altro, la semplice “possibilità” (e non l'obbligo) per l'Amministrazione di utilizzare tale strumento.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la procedura de qua, decisa dall'Amministrazione, come detto (attraverso un procedimento protrattosi per ben due anni dalla presentazione da parte della CEIE Power s.p.a. della prima proposta) con la delibera n. 128/2017, immediatamente lesiva, ed ulteriormente sviluppata con la pubblicazione del bando, che della scelta di utilizzo del project financing è semplice attuazione, risulta immune dai dedotti vizi di violazione di legge, carenza di trasparenza, irragionevolezza e contrasto con la regola della par condicio tra i concorrenti.

In conclusione il ricorso deve essere, dunque, in parte dichiarato inammissibile e, per il resto rigettato.

Per la complessità delle questioni trattate sussistono, infine, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando,

- dichiara il ricorso in parte inammissibile, nei termini di cui in motivazione;
- lo rigetta nella restante parte;
- compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Antonella Mangia, Consigliere
Ofelia Fratamico, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO