



Comune di Valenza

PROVINCIA DI ALESSANDRIA

Copia

Anno 2020 N° 35

DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE

OGGETTO : PROPOSTA AI SENSI DELL'ART. 183 COMMA 15 DEL D.LGS. 50/2016 ACQUISITA AL PROT. N. 20226 - DEL 30.10.2018 E SUCCESSIVA INTEGRAZIONE ACQUISITA A PROT. N. 17105 DEL 23.09.2019, RUBRICATA: COMUNE DI VALENZA, VIA PELLIZZARI NR. 2. CONCESSIONE PER LA RIQUALIFICAZIONE E GESTIONED DELLA RETE COMUNALE DI PUBBLICA ILLUMINAZIONE AI SENSI DELL'ART. 183 DEL D.LGS 50-2016"- RICHIESTA DI INTEGRAZIONI E APPROVAZIONE SUBORDINATA. ATTO ENDOPROCEDIMENTALE.

L'anno **duemilaventi** il giorno **trenta** del mese di **aprile** alle ore **18:00** in Valenza e, convocata nelle forme prescritte dall'art.73 del DPCM n.18 del 17.03.2020, si è riunita la Giunta Comunale nelle persone dei Signori:

BARBERO Gianluca
BALLERINI Luca
BAIARDI Marina
BARBADORO Massimo
PERRONE Antonella
ZAVANONE Costanza

Sindaco
Assessore
Assessore
Assessore
Assessore
Assessore

Presenze	Assenze
<input checked="" type="checkbox"/>	
ART.73	

Partecipa alla seduta il Segretario Generale Dott. **Stefano VALERII**.

Il Presidente **BARBERO Gianluca** constatato che l'adunanza è valida per il numero degli intervenuti, invita i componenti alla trattazione della pratica in oggetto.

Sulla proposta della presente deliberazione sono stati espressi in fase istruttoria, ai sensi dell'art. 49, comma 1, Decreto Legislativo 18 agosto 2000 n. 267, i seguenti pareri:

In ordine alla regolarità tecnica:

Parere: Favorevole

Il Segretario Generale: Stefano Valerii

F.TO VALERII

In ordine alla regolarità contabile:

Parere: Favorevole

La Dirigente III Settore: Lorenza Monocchio

F.TO MONOCCHIO

LA GIUNTA COMUNALE

A) Questioni preliminari, motivazioni sintetiche sottese al presente atto amministrativo complesso:

- a) Individuazione del promotore giusta valutazione delle proposte presentate;
- b) Corretta allocazione del rischio;
- c) Equilibrio economico finanziario dell'operazione (con asseverazione del PEF, e valorizzazione dei benefici fiscali per l'operatore privato);
- d) Richieste di modificazione, in relazione ai dossier stilati dall'assistente al RUP, e indicati come allegati nn. 11 e 18 della presente deliberazione (punto nr. 6 del dispositivo).

1) PREMESSE NORMATIVE E GIURISPRUDENZIALI

La Dir. 2014/23/UE: il trasferimento del rischio al privato. Il Problema della allocazione dei rischi per qualificare correttamente l'operazione in termini di concessione di PPP.

Nel diritto dell'Unione europea non vi è una disciplina specifica per la finanza di progetto, ma su di essa incidono le previsioni della direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione 2014/23/UE, dal momento che il rapporto contrattuale con il privato corrisponde a una concessione, secondo la definizione data dalla medesima direttiva. In essa si specifica l'elemento che differenzia tali contratti dai contratti di appalto, cioè il rischio operativo in capo al concessionario. Questo era dato già acquisito, tuttavia sino ad ora esso, non dovendo essere integralmente trasferito al concessionario, è stato spesso fortemente limitato, con l'avallo della giurisprudenza nazionale. Tanto che attraverso la garanzia della copertura finanziaria da parte della pubblica amministrazione con canoni fissi, garanzie e clausole contrattuali, nella maggior parte dei casi di finanza di progetto sostanzialmente non è stato rispettato.

In primo luogo, l'art. 5 della direttiva - secondo cui "l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi" - dispone che il rischio operativo del concessionario, valutato considerando il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, abbia natura economica e comporti la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. Inoltre, si puntualizza, la potenziale perdita del concessionario non deve essere trascurabile e puramente nominale. Così, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non può sollevare l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto (così il considerando 18).

Viene comunque riconosciuto possibile limitare il rischio del concessionario mantenendone parte a carico dell'amministrazione (considerando 18). Quattro sono le situazioni in cui ciò può avvenire. La prima è che la tariffa pagata dagli utenti sia regolamentata, inferiore quindi a quella che sarebbe praticata sul mercato, con la compensazione da parte dell'amministrazione della differenza. La seconda è che la compensazione prevista nel contratto sia solo parziale, quindi non tale da eliminare la componente di rischio a carico del privato. La terza è che venga pattuita per il caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione o per cause di forza maggiore. La quarta ed ultima situazione è rappresentata

dal fatto che la concessione abbia una durata più breve di quella necessaria per recuperare gli investimenti, fermo restando che la corrispondente compensazione non può eliminare il rischio operativo.

Da queste disposizioni discende che le clausole contrattuali devono essere formulate in modo da trasferire in capo al privato il rischio operativo. In questo senso, in sede nazionale, l'Anac ha specificato che non sono possibili previsioni contrattuali che impediscano di decurtare i canoni che l'amministrazione deve corrispondere al privato al di sotto di minimi garantiti o che pongano un limite alle penali applicabili in modo da tagliare solo l'utile garantendo l'assenza di perdite.

Nel caso in cui, invece, l'assetto contrattuale delineato non attribuisca correttamente il rischio al privato, si configura un'ipotesi di nullità del contratto per illiceità della causa, perché il contratto, considerato mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative quali quelle europee e quelle nazionali che le traspongono, sarebbe in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.. La nullità potrebbe essere ricondotta anche alla nullità prevista per i contratti e gli atti di regioni ed enti locali elusivi delle regole del patto di stabilità interno dall'art. 20, comma 10, D.L. n. 98/2011, dato che i finanziamenti bancari utilizzati per la realizzazione dell'opera dal concessionario che non è sostanzialmente tale dovrebbero essere imputati nel bilancio pubblico.

Discende da tale ricostruzione, come affermato dalla giurisprudenza, che è legittimo l'annullamento d'ufficio di un bando di gara ove manchi la previsione dello sfruttamento economico del bene da parte del concessionario, e ove il suo utile corrisponda esclusivamente al mero introito del canone annuo a carico dell'amministrazione. Inoltre, che non è contraria a buona fede *ex art. 1337 c.c.* né a correttezza *ex art. 1175 c.c.* l'interruzione delle trattative in corso da parte dell'amministrazione appaltante, nel caso in cui l'altra parte, unilateralmente, alteri le pattuizioni in ordine alla ripartizione del rischio contrattuale come fino a quel momento definita nella bozza convenzionale, poiché essa costituisce elemento costitutivo dell'offerta presentata dalla promotrice e la sua modifica sostanziale integra giustificato motivo per denegare l'approvazione del progetto da porre in gara. È possibile richiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta prevista dall'art. 1467 c.c. per il caso di avvenimenti straordinari e imprevedibili, poiché si tratta di contratto con prestazioni corrispettive, commutativo e non aleatorio; tuttavia, questo è escluso se la sopravvenuta onerosità rientri nell'alea normale del contratto. In particolare, è stato riconosciuto che "l'obbligazione assunta dalla pubblica amministrazione non comporta una prestazione da rendersi quale diretto corrispettivo di quella del privato, ma consiste, strumentalmente, nel permettere al privato di svolgere una attività per il tramite della quale (gli utili di gestione) ottenere - non dalla P.A., ma indirettamente - la controprestazione"; si configura, quindi, come "un'obbligazione ad un mezzo perché si possa conseguire un equilibrio economico dell'operazione regolata dal contratto". Ciò comporta che l'avvenimento esterno che integra una causa di risoluzione del contratto deve incidere non sulla corrispettività della prestazione della pubblica amministrazione, ma sull'andamento dell'attività dalla quale il privato stesso ha stimato di trarre il corrispettivo di quanto da lui già realizzato. Rientra, dunque, nell'alea normale del contratto "tutto ciò che, essendo collegato a fluttuazioni, anche accentuate ma non per questo "straordinarie" del mercato e alle sue dinamiche, incide sull'utile di gestione del privato (...). Solo nel caso in cui il mezzo (cioè la gestione per il tempo contrattualmente definito) si dimostri, in virtù di un avvenimento "straordinario ed imprevedibile", essere divenuto strutturalmente inadone a far conseguire, anche solo potenzialmente, un possibile equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, solo in questo caso potrà escludersi l'alea normale del contratto".

Il rischio operativo ricadente sul privato, come chiarisce il considerando 20 della direttiva, non corrisponde al c.d. "rischio di costruzione", consistente nei rischi riguardanti la fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura, come il mancato rispetto dei tempi, dei costi, della qualità costruttiva pattuita, errori tecnici, rischi legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali o a cause di forza maggiore. Essi non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dato che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. Il rischio operativo, invece, deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti ed è inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o su entrambi.

Il rischio sul lato della domanda, o rischio di mercato, dipende dalla variabilità della richiesta da parte degli utenti che pagano una tariffa per le opere o i servizi oggetto del contratto.

Il rischio sul lato dell'offerta, o rischio di disponibilità, di contro, è presente in operazioni in cui il privato realizza e gestisce un'opera o eroga un servizio e la sua retribuzione non avviene in forma di compensi versati dagli utenti, ma di pagamenti ricevuti dall'amministrazione. Si tratta delle opere o servizi c.d. "freddi", in cui il privato viene remunerato in tutto o in parte dall'amministrazione con una quota del costo evitato e il rischio di disponibilità consiste nella potenziale decurtazione dei pagamenti pubblici per effetto

dell'applicazione di penali, qualora gli standard non siano soddisfatti; per allocare il rischio operativo in tali contratti è, pertanto, necessaria una corretta definizione delle penali.

Secondo un orientamento della Corte dei conti, le operazioni di finanza di progetto possono avere ad oggetto solo opere o servizi caldi; ma queste operazioni in realtà vengono effettuate anche per opere e servizi freddi, come ad esempio nel caso della riqualificazione **energetica di edifici**.

TALI OPERAZIONI hanno ad oggetto la concessione per il servizio energetico inerente la gestione del patrimonio impiantistico termico, antincendio, elettrico e di illuminazione pubblica dell'amministrazione, comprensivo della manutenzione ordinaria, programmata e straordinaria, la fornitura di energia termica ed elettrica, la progettazione ed esecuzione degli interventi di adeguamento normativo, rifacimento, ristrutturazione, riqualificazione ed efficientamento energetico degli impianti, anche attraverso il ricorso allo sfruttamento di energie rinnovabili. Il corrispettivo per il privato consiste nel diritto di fornire il servizio, facendo propri i proventi, comprensivi degli eventuali contributi pubblici per la produzione di energia da fonti rinnovabili e per l'efficientamento energetico, e i risparmi di spesa conseguiti attraverso gli interventi di efficientamento e riqualificazione energetica realizzati. Infatti, il privato dovrebbe avere diritto a percepire un canone da parte dell'ente, composto da una quota per la gestione dei servizi energetici e l'efficientamento, e da un'altra quota per servizi di manutenzione e gestione impianti, con riduzioni se non si raggiunge il risparmio di consumo di energia pattuito.

VISTO E RICHIAMATO l'art. 183 del D.lgs 50/2016 e ss.mm.ii., in particolare, ai commi 15-20, che disciplinano la modalità di attivazione della finanza di progetto ad iniziativa privata, prevedendo la presentazione di una proposta, in ordine alla realizzazione attraverso la concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità (o in alternativa con riferimento a tutti i contratti di partenariato), non previsti negli strumenti di programmazione, da parte del proponente privato all'amministrazione pubblica, che deve valutarne la fattibilità perentoriamente entro tre mesi. Tale proposta deve contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da istituti di credito o società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso, o ancora società di revisione, ed infine la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. La proposta formulata dal soggetto proponente, se viene valutata positivamente dall'amministrazione aggiudicatrice, che ha la facoltà di invitare il soggetto proponente ad apportare le modifiche necessarie ai fini dell'approvazione, viene inserita negli strumenti di programmazione e quindi posta a base di gara ad evidenza pubblica ai fini dell'aggiudicazione alla quale viene invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione può formulare la richiesta circa la presentazione di eventuali varianti al progetto ai soggetti concorrenti (compreso il proponente). Se il soggetto proponente non risulta aggiudicatario ad esito della procedura, è abilitato ad esercitare il diritto di prelazione, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e diviene egli stesso aggiudicatario obbligandosi alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se però il proponente decide di non avvalersi della prelazione, allora vanta il diritto al pagamento, da corrispondere a spese dell'aggiudicatario, consistente nell'importo delle spese finalizzate alla predisposizione della proposta presentata all'amministrazione secondo i limiti di cui al comma 9.

RICHIAMATA la Sentenza della Corte conti, sez. regionale di controllo Emilia-Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5, ove si afferma che nel caso in cui "l'apporto pubblico sia superiore alla metà del valore dell'opera, i contratti posti in essere non possono più considerarsi riconducibili alla fattispecie tipizzata dal legislatore, finendo per avere il solo nome del *project financing*, ma natura giuridica del tutto diversa".

VALUTAZIONE COMPARATIVA DELLE PROPOSTE

RICHIAMATA la giurisprudenza amministrativa in materia di "Valutazione della proposta" in tema di *project financing*:

Deliberazione n. 1 del 16/01/2013 - rif. Fascicolo 1302/2011 d.lgs 163/06 Articoli 154, 155 - Codici 154.1, 155.1

Anche nelle procedure selettive di *project financing* va negata la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione perché, in ogni caso, non vi è capacità di agire dell'Ente in tal senso ed, inoltre, si

realizzerebbe una palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche.

Deliberazione n. 1 del 16/01/2013 - rif. Fascicolo 1302/2011 d.lgs 163/06 Articoli 154, 155, 2 - Codici 154.1, 155.1, 2.1

La procedura selettiva di project financing si articola in due fasi chiaramente distinte: la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione.

“La scelta del promotore, **ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità** amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore” (cfr. Cons. Stato, 1 aprile 2010, n. 2155) diversamente, la fase selettiva è finalizzata all'affidamento della concessione e, quindi, presenta i caratteri della gara soggetta ai principi comunitari e nazionali dell'evidenza pubblica.

costituisce ius receptum in giurisprudenza il principio in base al quale nella procedura di project financing occorre distinguere la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: la prima fase, ancorché in qualche misura procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore, mentre la seconda fase costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 1—Cons. Stato, Ad. Plen. 15 aprile 2010, n. 2155, richiamata da Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1; T.A.R. Marche, sez. I, 25 novembre 2016, n. 664; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 1349).

A tale bifasica strutturazione della procedura di project financing si attaglia la disciplina recata dal comma 19 dell'art. 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. procedura ad iniziativa dei privati), che prevede – in sintesi – per gli operatori economici la possibilità di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente (proposta che contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e che è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 21, dalla cauzione di cui all'art. 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara); l'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta (e può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione; se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse).

Il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale di cui al cit. art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità indicate all'art. 97 (il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato). Dunque, il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento di una concessione, alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore (nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto e sempre nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione).

I concorrenti, compreso il promotore, devono presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta

aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta (nei limiti indicati nel comma 9).

Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta (nei limiti di cui al comma 9).

Sempre in via generale, i Giudici hanno infine ricordato che

la c.d. prima fase, limitata all'ipotesi della proposta di iniziativa privata (art. 153, comma 19, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), riguarda la valutazione della proposta e la dichiarazione di pubblico interesse; tale valutazione (essenzialmente discrezionale) richiede un giudizio di rispondenza all'interesse pubblico dell'opera a realizzarsi, nonché dei costi di realizzazione e di gestione e dei contrapposti benefici rivenienti al soggetto pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237).

Con riferimento al caso concreto, d'impugnazione del provvedimento conclusivo della prima fase, il T.A.R. ha quindi dedotto che

Orbene, appare evidente come la fattispecie concreta oggetto del presente vaglio giurisdizionale non abbia mai "superato" la prima fase (fase preliminare conclusasi, addirittura, con la dichiarazione di assenza di pubblico interesse della proposta di finanza di progetto) e che, pertanto, nessuna procedura competitiva per l'"affidamento" abbia mai preso corpo nel caso in esame, con conseguente inapplicabilità delle regole proprie del rito speciale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 119 e 120 cod. proc. amm..

Riguardo alla natura della proposta di project financing, infatti,

la giurisprudenza appare consolidata nel ritenere che la proposta di finanza di progetto <<non è una procedura competitiva ma è un procedimento ad impulso della stessa proponente. I termini quindi sono quelli ordinari [...]>>: cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 8 marzo 2017, n. 90.

A supporto della propria argomentazione il Collegio ha anche richiamato la Giurisprudenza di Palazzo Spada Tale conclusione è, peraltro, corroborata dall'insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22, secondo cui la disciplina di cui agli artt. 119 e 120 cod. proc. amm. ha carattere derogatorio rispetto alla disciplina processuale comune, e ciò implica, sul piano ermeneutico, l'utilizzo di parametri interpretativi che tengano conto della natura eccezionale delle disposizioni medesime e che precludano all'interprete l'utilizzo di canoni interpretativi estensivi e analogici, ma anche teleologici.

L'attitudine delle norme in questione a comprimere i diritti di difesa, riducendo i tempi per il loro valido esercizio, impedisce, infatti, di leggere la loro portata precettiva come estesa ad ambiti non direttamente segnati dal significato letterale delle espressioni lessicali utilizzate, così come preclude di ricavare, in esito a un'indagine che valorizzi la ratio della disposizione descrittiva, con valenza tassativa, delle controversie regolate dal rito speciale, effetti prescrittivi diversi da quelli direttamente riferibili al senso delle parole usate.

Accedendo, infatti, a canoni ermeneutici diversi da quello letterale si rischierebbe di assegnare alle disposizioni in esame, che conformano in senso restrittivo l'esercizio del diritto di difesa, un significato diverso da quello immediatamente percepibile dalla loro lettura.

Il T.A.R. ha, infine, ribadito che

come chiarito nella stessa sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22, la parola **"affidamento"** (cfr. l'art. 119, comma 1, lett. a), cod. proc. amm.: <<i>provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture [...]>>; cfr. l'art. 120, comma 1, cod. proc. amm.: <<Gli atti delle procedure di affidamento [...]>>) **dev'essere decifrata come significativa dell'atto con cui, contestualmente, la pubblica amministrazione sceglie il suo contraente e gli attribuisce la titolarità del relativo rapporto: appare evidente che nessuna "procedura di affidamento" nel caso in esame è stata avviata, con conseguente inapplicabilità delle regole proprie del rito speciale scolpito dagli artt. 119 e 120 cod. proc. amm..**

(T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. I, sentenza n. 855 pubblicata il 7 agosto 2018)

Deliberazione n. 57 del 09/06/2011 - rif. d.lgs 163/06 Articoli 154 - Codici 154.1

Quanto ai limiti entro cui consentire l'apporto di modifiche al progetto preliminare, è consentito ai concorrenti presentare eventuali e possibili varianti ma nessuna vera e propria soluzione alternativa che si discosti dalle scelte generali operate dalla stazione appaltante configurandosi come un'alternativa progettuale. Le modifiche devono limitarsi ad innovazioni complementari e strumentali, nel rispetto delle linee essenziali e dell'impostazione del progetto di base (Determinazione n. 1 del 22 Gennaio 2003) a garanzia dell'equilibrio del PEF quale elemento essenziale della proposta del Promotore e per tutelare il

privato dalle scelte unilaterali dell'amministrazione. Occorre quindi fare riferimento all'equilibrio del PEF, il quale può essere assicurato solamente se vengono rispettate

Deliberazione n. 11 del 26/01/2011 - rif. d.lgs 163/06 Articoli 154 - Codici 154.1

La procedura ex art. 37 quater L. 109 (ora art. 155 D.lgs. 163/06) si incentra sul confronto tra l'offerta del promotore e le due migliori offerte selezionate con la gara ovvero dell'unica offerta pervenuta, configurando "l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata" (Determinazione n. 1/2003). Il confronto concorrenziale parte dal progetto preliminare corredato del Piano Economico Finanziario (PEF) presentato dal promotore stesso, eventualmente modificato dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 37 quater, comma 1 lett. a), L.109/94 (ora art. 155, comma 1 lett.a), D.Lgs. 163/06). Il PEF costituisce il documento che individua e chiarisce le ragioni giustificatrici dell'offerta e che perciò racchiude in sé tutti gli elementi per la valutazione e l'apprezzamento, da parte della P.A., dei ribassi offerti. La validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di project financing (cfr. Determinazione n.1/2009). Non è dunque ammissibile la sottrazione del piano economico finanziario - che questi equilibri spiega e giustifica - ad una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente anche in fase di gara. La S.A. deve condurre un esame dell'equilibrio economico finanziario contenuto nel PEF alla luce delle evenienze sopravvenute al fine di accertare la sostenibilità dell'offerta prima di addivenire all'aggiudicazione. All'esito del rifiuto da parte delle imprese competitrice di addivenire alla stipula della convenzione alle condizioni di cui alle offerte presentate ed attesa l'urgenza - da documentare debitamente - sarebbe corretto avviare una procedura negoziata senza bando, invitando almeno tre operatori economici (tra cui quelli che hanno partecipato alla prima fase della gara stessa), ponendo a base di gara il progetto alle condizioni (tecnico-economiche) rivisitate alla luce delle evenienze sopravvenute. Una rinegoziazione con l'impresa competitrice che si risolve in sostanza in un nuovo affidamento, appare in violazione della par condicio tra i concorrenti ex art. 29 della direttiva 2004/18 e art. 2 del D.Lgs. 163/06.

POSSIBILITÀ DI RICHIESTA DI CHIARIMENTI

Deliberazione n. 110 del 17/04/2007 - rif. PREC92/07 d.lgs 163/06 Articoli 153, 154 - Codici 153.1, 154.1

L'Amministrazione può chiedere al promotore integrazioni e/o chiarimenti nel caso in cui la coerenza del piano economico finanziario, in relazione agli elementi di cui all'articolo 85, comma 1, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, non sia ritenuta sufficientemente e chiaramente attestata; ugualmente possono essere richieste integrazioni e chiarimenti in presenza di un asseveramento incompleto (Atto Regolazione n. 34/2000). Posto che l'articolo 37-bis reca una elencazione analitica dei contenuti indefettibili delle proposte dei promotori, da ritenersi contenuti strutturali della stessa, in relazione ad essi la possibilità di integrazione è limitata alla documentazione già tempestivamente prodotta (Cons. St. n. 1802/2005). L'asseveramento è un esame critico ed analitico del progetto presentato dal promotore che attesta la coerenza degli elementi che compongono il piano economico finanziario e viene reso con un atto rilasciato dall'istituto di credito. Ciò che rileva è la sua riferibilità al piano economico finanziario indipendentemente dall'inserimento materiale del medesimo nello stesso documento (Atto di regolazione n. 14/2001).

Consiglio di Stato sez. V 23/3/2009 n. 1741 -

1. CONTRATTI DELLA P.A. – PROJECT FINANCING – VALUTAZIONE SULLA RISPONDEZZA A PUBBLICO INTERESSE DELLA PROPOSTA DEGLI ASPIRANTI PROMOTORI – DISCREZIONALITÀ DELLA P.A. – MASSIMO MARGINE – SINDACATO DI LEGITTIMITÀ DA PARTE DEL G.A. – LIMITI 2. CONTRATTI DELLA P.A. – PROJECT FINANCING – VALUTAZIONE DEL PIANO ECONOMICO E FINANZIARIO – NATURA PREVALENTE – RAGIONI. 3. CONTRATTI DELLA P.A. – PROJECT FINANCING – PROCEDURA DI SCELTA DEL PROMOTORE – SOGGEZIONE ALLE REGOLE DI UNA VERA E PROPRIA GARA – VA ESCLUSA – PROCEDURA DI SCELTA DEL PROMOTORE FONDATA SU UN AVVISO RECANTE I CRITERI DI VALUTAZIONE SENZA ULTERIORE SPECIFICAZIONE DEGLI STESSI IN PESI E PUNTEGGI – LEGITTIMITÀ

1. In materia di *project financing*, nella valutazione sulla rispondenza a pubblico interesse della proposta degli aspiranti promotori, l'Amministrazione esercita una "in alto grado" (ovvero il "massimo margine") di discrezionalità. La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da incisive e sostanziali valutazioni di merito, per cui le Amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne dell'Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici e tecnici della proposta presentata. Ovviamente, ciò non esclude il sindacato di legittimità da parte del G.A., sia pure nei confini tipici che una siffatta qualificazione del potere esercitato, come noto, comporta (manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, errori di fatto) (cfr. dec. n. 4811/2007). 2. In materia di *project financing*, assume valenza peculiare la valutazione del Piano economico e finanziario. Ed infatti, da un lato, la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto dell'intera operazione di *Project Financing*, non essendo consentita la sottrazione del piano economico finanziario a una seria valutazione di sostenibilità da parte della stazione committente. Dall'altro, è evidente come anche l'apprezzamento di tale specifico aspetto della proposta venga operata nel quadro della natura discrezionale del potere esercitato. 3. È *jus receptum* che la procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al **contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi** (cfr., da ultimo, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – sez. giurisdizionale, 29/1/2007 n. 7, secondo cui "l'esame delle proposte e la scelta del promotore non sono vincolati per legge alle rigide forme dell'evidenza pubblica"). Ne consegue che risponde a norma una procedura di scelta del promotore fondata su un avviso recante i criteri di valutazione senza ulteriore specificazione degli stessi in pesi e punteggi. Né un tal onere di specificazione può desumersi da un semplice riscontro ad una richiesta di chiarimenti, considerato che deve ravvisarsi l'esistenza di un autolimito giuridicamente rilevante, posto dalla stessa P.A. procedente, laddove eventuali prescrizioni ulteriori rispetto a quelle di legge siano contenute in atti generali "destinati a regolare la procedura di cui si tratta" (cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2007, n. 527), quali i bandi di gara, tanto in procedure ad evidenza pubblica (cfr. Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2007, n. 195 e Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2162), quanto per l'accesso ai pubblici impieghi (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 gennaio 2008, n. 708).

VALUTAZIONE COMPARATIVA DELLE PROPOSTE

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 2 agosto 2018, n. 4777

19 Ago 2018 di Daniela Dell'Oro

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

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 artificiosamente 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.

IMPUGNABILITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO: L'APPROVAZIONE DEL PROGETTO DI OPERA PUBBLICA E IL PROJECT FINANCING

Estratto: «Il Comune, con deliberazione n. 15 del 15.1.2008, ha approvato il progetto esecutivo esclusivamente in linea tecnica, senza contestuale declaratoria di pubblica utilità, la quale è stata oggetto di approvazione successivamente, per effetto della delibera della giunta comunale n. 467 del 30.7.2008: il provvedimento dichiarativo della pubblica utilità, per scelta dell'amministrazione, nel caso in esame non è implicito nell'atto di approvazione del progetto. Orbene, la lesione della posizione della deducente è configurabile solo relativamente alla dichiarazione di pubblica utilità, la quale soltanto comporta l'affievolimento ad interesse legittimo ... **_OMISSIS_** ...il diritto soggettivo del proprietario e la costituzione, in capo all'Ente, del potere espropriativo avente ad oggetto i terreni sui quali l'opera dovrà essere allocata, mentre l'approvazione del progetto in linea meramente tecnica costituisce atto endoprocedimentale, come tale di per sé non impugnabile (Cons. Stato, IV, 6.2.1995, n. 73; idem, 16.3.2010, n. 1540; TAR Friuli Venezia Giulia, 17.12.2009, n. 835).Pertanto, il termine di ricorso non poteva che decorrere dalla conoscenza della seconda delibera, adottata nel luglio 2008, la quale costituisce il primo atto con cui il Comune ha dato avvio alla procedura costitutiva della servitù.» Sintesi: L'approvazione del progetto in linea meramente tecnica costituisce atto endoprocedimentale, come tale... **_OMISSIS_** ...non impugnabile; la lesione della posizione del privato è configurabile solo relativamente alla dichiarazione di pubblica utilità, la quale soltanto comporta l'affievolimento ad interesse legittimo del diritto soggettivo del proprietario e la costituzione, in capo all'Ente, del potere espropriativo avente ad oggetto i terreni sui quali l'opera dovrà essere allocata.

Sintesi: Nell'ambito della procedura di project financing, rispetto ai terzi, il provvedimento d'individuazione della proposta assume l'idoneità lesiva del progetto preliminare per cui mentre il promotore ha interesse a contestare la valutazione dell'amministrazione sulla propr... **_OMISSIS_** ...n diversa è tuttavia la posizione di soggetti estranei alla procedura, i quali in definitiva non contestano le modalità della procedura di project financing ma piuttosto lamentano le criticità del progetto approvato.

Estratto: «Devono, tuttavia, essere esaminate le tesi sostenute dai ricorrenti per fondare l'attualità dell'interesse dell'impugnazione. In primo luogo, viene invocata la pacifica impugnabilità degli strumenti urbanistici nella parte in cui localizzano le opere pubbliche. Deve, tuttavia, rilevarsi come tale posizione sia fondata sulla circostanza che, in uno con la localizzazione dell'opera pubblica ad opera dello strumento urbanistico, vi è anche l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio onde... **_OMISSIS_** ...lesività. Diverso è tuttavia il caso che ricorre nella specie, in cui non è prevista alcuna espropriazione dei diritti dei ricorrenti. In definitiva, quindi, esclusa la preordinazione all'esproprio del progetto ed esclusa, per il tenore delle censure dedotte, la censurabilità della localizzazione dello stesso ciò che i ricorrenti possono, in questa sede, censurare sono esclusivamente le concrete modalità di realizzazione dell'opera. Tuttavia l'interesse a tale impugnazione diviene concreto ed attuale solo con l'approvazione del progetto definitivo. In quest'ottica interpretativa non sono convincenti le posizioni giurisprudenziali citate dai ricorrenti secondo le quali la individuazione della proposta di pubblico interesse sarebbe impugnabile (Consigl... **_OMISSIS_** 15 aprile 2010 n. 1, Cons. Stato V, 6 ottobre 2010 n. 7334, TAR Liguria II, 12 novembre 2010 n. 10360, TAR Liguria, I 25 giugno 2003 n. 813)Infatti non pare dubitabile che il provvedimento con cui l'amministrazione individua la proposta di pubblico interesse nell'ambito di una serie di proposte che le sono sottoposte in relazione ad un'opera sia impugnabile. Tale impugnabilità, tuttavia, deve ritenersi circoscritta al promotore ovvero all'aspirante tale, al soggetto cioè la cui proposta non è stata valutata positivamente. E in questo senso si esprimono le sentenze citate. Ma quando la prospettiva cambia e ad impugnare non è più il promotore ma sono soggetti terzi confinanti o vicini non si possono ad essi acriticamente trasporre le conclusioni sull'i... **_OMISSIS_** ...l'individuazione della proposta di pubblico interesse. Rispetto ai terzi il

provvedimento di individuazione della proposta assume l'idoneità lesiva del progetto preliminare onde per quanto sopra espresso difetta l'interesse all'impugnazione. Il promotore nella procedura di project financing senza dubbio ha interesse a contestare la valutazione dell'amministrazione sulla propria proposta. Ben diversa è tuttavia la posizione di soggetti estranei alla procedura, i quali in definitiva non contestano le modalità della procedura di project financing ma piuttosto lamentano le criticità del progetto approvato. A queste conclusioni il Collegio ritiene di attenersi.»

RICHIAMATA la deliberazione di Consiglio Comunale nr. 30 del 27.06.2020, esecutiva, con la quale il Comune di Valenza ha provveduto alla “Adozione del modulo gestorio riferito alla gestione del servizio d'interesse economico generale dell'illuminazione pubblica e connessi impianti comunali attratti a riqualificazione ed efficientamento energetico”;

VISTO E RICHIAMATO l'avviso a manifestare interesse per presentazione di proposte di project financing, ai sensi dell'art. 183 del Decreto Legislativo 18 Aprile 2016, N. 50, per la concessione del servizio di gestione, manutenzione, efficientamento energetico e riqualificazione degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Valenza, pubblicato sul sito web dell'Ente dal 31.08.2018 al 23.11.2018;

RICHIAMATE le proposte presentate in relazione all'avviso indicato al capoverso precedente del presente atto amministrativo:

- 1) Proposta presentata dalla società ARDEA S.r.l.;
- 2) Proposta presentata dalla società ENGIE S.p.a.;

RICHIAMATA l'istruttoria svolta sulle proposte pervenute, indicando gli atti con gli estremi di data e protocollo:

- 1) Proposta di Ardea s.r.l. - ns. Prot. n. 2018/20254 del 30/10/2018
 - 2) Proposta di Engie S.p.a. - ns. Prot. n. 2018/20226 del 30/10/2018
- le richieste di integrazioni/modifiche/chiarimenti:
- a1) ad ARDEA - ns. Prot. 2019/14457 del 31/07/2019
 - a2) ad ENGIE - ns. prot. n. 2019/14458 del 31/07/2019
 - 3) riscontro della società ARDEA S.r.l. - ns. Prot. n. 2019/17148 del 23/09/2019
 - 4) riscontro da ENGIE S.p.a. - ns. Prot. n. 2019/17105 del 23/09/2019

RITENUTO OPPORTUNO, all'esito della istruttoria condotta sulle proposte pervenute, procedere ad individuare il soggetto promotore, indicato sin da ora nella società ENGIE S.p.a., per i motivi che di seguito sinteticamente si riportano, desumibili dai dati rilevabili dai documenti istruttori elaborati dall'assistenza al RUP:

- a) La proposta di Ardea S.r.l. analizzata nel dettaglio, fa emergere “una platea di rischi” posti a carico della pubblica amministrazione procedente, difficilmente governabili (pag. 20/54 dossier nr. 5 in data 11.11.2019 – documento allegato e reso disponibile *per relationem* al presente atto e non materialmente).
- b) Assenza del documento “Matrice dei rischi” previsto come da linee Guida ANAC nr. 9 approvate con delibera del Consiglio dell'Autorità in data 28 marzo 2018, in vigore dal 5 maggio 2018 – pag. 13/54 doc. citato.
- c) Canone proposto di € 299.990,00 (Ardea, art. 1.4 del documento “sintesi della proposta” pag. 11, anche esso allegato e reso disponibile *per relationem* ma non materialmente alla presente deliberazione), per una durata di investimento di anni 20 contro un canone proposto di € 272.357,75 (Engie S.p.a.) inflazionato dell'1,5% per una durata di investimento pari ad anni 17.
- d) L'operazione proposta da ENGIE S.p.a., con le opportune integrazioni previste nel dossier di osservazioni (ELAB nr. 18 del dispositivo), consente di spostare l'operazione di PPP nell'ambito “off-balance”, circostanza fondamentale per rendere l'economia di tutta l'architettura posta in essere conveniente per la pubblica amministrazione procedente.
- e) Lo sviluppo dell'istruttoria da parte della Società ENGIE S.p.a. ha evidenziato una serie di approfondimenti e una ri-elaborazione dei documenti presentati, che fanno propendere per un possibile perfezionamento del contraddittorio con la corretta allocazione dei rischi e con il giusto

equilibrio dell'operazione, in modo da contenere al massimo la diseconomicità dell'investimento per la pubblica amministrazione deliberante. Il livello di approfondimento istruttorio mostrato dalla società Ardea S.r.l. non ha mostrato lo stesso grado di analisi *ex post*, ovvero a richiesta di chiarimenti da parte della P.A. precedente.

- f) È assolutamente necessario che vengano chiariti e risolti i dubbi illustrati nel documento di approfondimento classificato al nr. 18 degli allegati alla presente deliberazione, per dirimere i dubbi rimasti insoluti, anche (anzi, soprattutto) per evitare il rischio di un contenzioso potenziale in fase di avvio e soprattutto per **non gravare il bilancio comunale** di pesi e oneri che sono assolutamente avulsi dal modulo del *project financing*, la cui piena operatività deve eliminare in radice il rischio di controlli sanzionatori da parte del giudice contabile per il mancato rispetto dei requisiti minimi di cui alle linee guida ANAC n. 9 citate *ut supra*.
- g) Con il subordine della redazione di un documento di risoluzione specifica e attenta di tutte le questioni complesse rimaste irrisolte, come l'allocazione dei rischi che, *sine dubio*, vanno trasferiti all'operatore privato, la proposta presentata da *Engie S.p.a.*, come detto, rappresenta un livello di approfondimento maggiormente analitico, è di maggiore interesse, affronta una platea di aspetti più numerosi e consente una "correzione in corsa" a livello di adattamento, per cui è maggiormente performante per l'amministrazione comunale di Valenza.

RILEVATO CHE, dai dati sinteticamente esposti, evincibili dalla approfondita istruttoria condotta sulle proposte presentate, è possibile individuare la ditta Engie Servizi S.p.a., avente sede legale in Viale Giorgio Ribotta 31 - 00144 Roma P.IVA n. 01698911003, come promotore nella presente fase, in relazione all'art. 183, comma 10 lett. b) del D.lgs 50-2016 e ss.mm.ii., indicando la seguente graduatoria:

- 1) Engie Servizi S.p.a.
- 2) Ardea S.r.l.

VISTO il progetto presentato dalla Società Engie S.p.a., e successive integrazioni:

- 1. Lettera di risposta DIR. Area NO/DB/dp/et, prot. N. 1865/19 del 06.09.2019;
- 2. Matrice dei rischi;
- 3. Progetto di fattibilità tecnica ed economica – b) matrice gestionale;
- 4. Progetto di fattibilità tecnica ed economica – proposta economica e quadro economico e stima dei lavori;
- 5. PEF ott-dic 19/ gen – sett. 2036;
- 6. Bozza di convenzione.

RILEVATO CHE la documentazione presentata, pur individuata, necessita di alcune integrazioni che riguardano, in particolare: la corretta allocazione ed evidenziazione dei rischi; la corretta valorizzazione di alcune voci di PEF ed evidenziazione dei benefici fiscali dell'investimento, nonché di asseverazione dello stesso PEF; ulteriori integrazioni previste nelle analisi effettuate dai consulenti intervenuti in assistenza al RUP di fase.

RILEVATO CHE, a corredo necessario del progetto presentato, dovrà essere presentata l'**asseverazione prevista dall'art. 153 del D.lgs 50-2016** e ss.mm.ii., ovvero il documento redatto da un istituto di credito o da altro soggetto a ciò preposto (ai sensi dell'art. 153 del Codice) allo scopo di attestare la coerenza e l'equilibrio del PEF, la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa tali da garantire il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio, dunque la possibilità di realizzare l'opera pubblica con il ricorso al capitale privato.

L'attività di asseverazione rappresenta pertanto la sola verifica di coerenza della struttura finanziaria dell'intervento. Non rientra, tra le attività di asseverazione, la verifica della correttezza dei dati utilizzati nel PEF.

VISTI, inoltre:

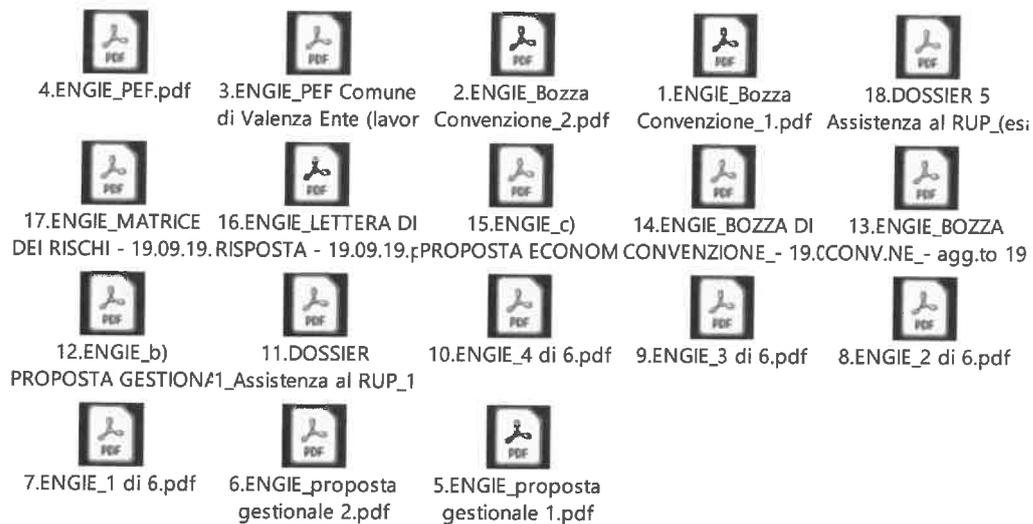
- il D.lgs. 267 del 18 agosto 2000 e s.m.i.;
- il vigente Statuto Comunale;
- la legge 241 del 07.08.1990 e ss.mm.ii.;

- il D.lgs 50/2016 e ss.mm.ii.;
- la giurisprudenza citata in narrativa;
- gli atti ed i documenti richiamati in narrativa;
- i pareri favorevoli rilasciati dal Segretario Generale/Dirigenti dei settori competenti in ordine alla regolarità tecnica e contabile ai sensi dell'art. 49, comma 1, del D.lgs. 267/2000;

Con voti unanimi, espressi nei modi e nei termini di legge,

DELIBERA

1. Le premessa e la parte narrativa della presente deliberazione formano parte integrante e sostanziale del presente atto deliberativo.
2. Di condividere, come condivide, la proposta di progetto di finanza, presentata dalla Engie Servizi S.p.a., P. IVA 01698911003 con sede legale in Viale Giorgio Ribotta 31 - 00144 Roma, presentata in data in data 30/10/2018 al protocollo n. 20226, e integrata con nota prot. 17105 in data 23/09/2019, avente ad oggetto la "Concessione per la qualificazione e la gestione della rete comunale di pubblica illuminazione del Comune di Valenza". Su tale punto del dispositivo, si sottolinea l'aggancio alla giurisprudenza amministrativa (*es. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 settembre 2015, n. 11098; Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237; Sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719*) in prevalenza ha espresso un tendente a ritenere la nomina a promotore non attributiva al soggetto interessato di una posizione giuridica definitiva, potendo l'amministrazione aggiudicatrice dare avvio o meno alla procedura di affidamento della concessione, o non dare corso alle proposte ricevute che pure siano state dichiarate di pubblico interesse, per cui non si configura alcun diritto all'indennizzo nel caso di revoca della dichiarazione di pubblico interesse.
3. Di rinviare, per effetto di quanto deliberato al punto nr. 2, ad atto successivo, la dichiarazione di "pubblico interesse", all'esito della approvazione delle integrazioni necessarie agli atti presentati così come risultati dall'elaborato nr. 18 "Dossier assistenza al RUP – Concessione per la qualificazione e gestione della rete comunale di pubblica illuminazione, art. 183, D.Lgs 50.2016, Esame della proposta presentata dalla Engie Servizi S.p.a".
4. Di dare atto che, tra le integrazioni necessarie che dovranno essere presentate dalla ditta indicata, dovrà esserci l'asseverazione del P.E.F. dell'Opera presentata, come previsto dall'Art. 183 co.9 D. Lgs 50/2016 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive CE), da parte di un soggetto abilitato al rilascio dell'asseverazione dei piani economico-finanziari ovvero: una **Società di Revisione iscritta nell'elenco del Ministero dello Sviluppo Economico ai sensi dell'Art. 1 Legge 1966/1939**; un Istituto di Credito, oppure da una Società di Servizi costituita da un Istituto di Credito ai sensi dell'Art. 106 D. Lgs 385/1993. Il P.E.F. dovrà anche evidenziare correttamente il beneficio fiscale non trascurabile della maggiore deducibilità degli interessi passivi quale vantaggio per l'operatore privato concessionario ex art.35 del DI 124/2019 che modifica l'art. 96 del TUIR.
5. Di indicare, come indica, il soggetto "promotore" ai sensi dell'art.183 – comma 15 – del D.Lgs. 50/2016 la Engie Servizi S.p.a., p.iva 01698911003 con sede legale in Viale Giorgio Ribotta 31 - 00144 Roma, che ha presentato la proposta di cui al precedente punto 2), subordinando tale indicazione alla presentazione dei documenti integrativi alla proposta come sinteticamente indicati nella presente deliberazione (*in particolare con le integrazioni necessarie e previste negli elaborati indicati al n. 11 Dossier assistenza al RUP – e n. 18 – Dossier esame proposta Engie S.p.a.*).
6. Di approvare in linea meramente tecnica, come approva, il progetto *presentato dalla società ENGIE Servizi S.p.a.* contenente gli elaborati elencati, 1.Lettera di risposta DIR. Area NO/DB/dp/et, prot. N. 1865/19 del 06.09.2019; 2.Matrice dei rischi; 3.Progetto di fattibilità tecnica ed economica – b) matrice gestionale; 4.Progetto di fattibilità tecnica ed economica – proposta economica e quadro economico e stima dei lavori; 5. PEF ott-dic 19/ gen – sett. 2036; 6.Bozza di convenzione, come appresso indicati con rappresentazione dei file resi disponibili:



7. Di dare atto che gli elaborati progettuali sono disponibili integralmente al seguente link, per il download: https://drive.google.com/open?id=1aWKAL2QK_SxNgE0qVUQrJevUmGphFWNX
8. Di dare atto che la ditta prescelta come promotore dovrà presentare, oltre all'asseverazione del PEF di cui al punto nr. 4, una relazione in cui venga evidenziata la corretta allocazione dei rischi in capo all'operatore privato prescelto, come individuati dalle linee guida ANAC n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato» e indicate nella Parte I - Analisi e allocazione dei rischi nei numeri da 2.1 a 2.8.3, e ciò al fine di evitare quanto citato in narrativa dalla *Sentenza della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo Emilia-Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5*, ovvero la declaratoria di nullità della convenzione di partenariato pubblico-privato, perchè *“l'assetto contrattuale delineato deve attribuire correttamente il rischio al privato, per non configurare un'ipotesi di nullità del contratto per illiceità della causa, perché il contratto, considerato mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative quali quelle europee e quelle nazionali che le traspongono, sarebbe in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.. La nullità potrebbe poi essere ricondotta anche alla nullità prevista per i contratti e gli atti di regioni ed enti locali elusivi delle regole del patto di stabilità interno dall'art. 20, comma 10, D.L. n. 98/2011, dato che i finanziamenti bancari utilizzati per la realizzazione dell'opera dal concessionario che non è sostanzialmente tale dovrebbero essere imputati nel bilancio pubblico”*.
9. Di dare atto, al termine delle procedure di gara ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario, verrà conferito, per gli effetti di cui all'art.14 – comma 5 – della legge n.ro 241/1990 e ss.mm.ii., ampia delega allo stesso ai fini della adozione di ogni adempimento occorrente per le successive fasi progettuali e per l'ottenimento di permessi, licenze, autorizzazioni comunque necessari per l'esecuzione completa dei lavori.
10. Di inserire, come inserisce, dopo l'integrazione necessaria del presente atto, l'intervento in parola, nel programma biennale dei servizi 2020/2022, approvato con delibera di G.C. n.89 del 24.10.2019 e aggiornato con delibera di G.C. n. 2 del 23.01.2020 (*essendo l'esecuzione dei lavori pubblici servente rispetto alla gestione delle opere come indicato dal Cons. Stato, Ad. Plenaria, 30 gennaio 2014, nr. 7*).
11. Di demandare al Dirigente dei LL.PP., nonché R.U.P., Arch. Massimo TEMPORIN o soggetto che legittimamente subentrerà allo stesso nella carica, all'esito della suddetta integrazione procedimentale da svolgersi con apposita istruttoria, la nomina del RUP dell'intervento e l'attivazione di tutte le procedure necessarie per porre il suddetto progetto preliminare con gli elaborati e documenti costituenti la proposta di project-financing a base di gara ad “evidenza pubblica”, in ossequio alle vigenti leggi e regolamenti in materia di lavori pubblici.
12. Di dare atto che l'approvazione della proposta esaminata avviene in linea meramente tecnica, per il cui la presente delibera viene qualificata come atto endoprocedimentale anche ai fini della presentazione di un eventuale ricorso, basandosi sulla interpretazione giurisprudenziale dettata per la particolare tipologia del presente atto adottato (*Cons. Stato, IV, 6.2.1995, n. 73; idem, 16.3.2010, n. 1540; TAR Friuli Venezia Giulia, 17.12.2009, n. 835*).

13. Di dare atto che gli elaborati presentati dalla Società Ardea S.r.l., indicati in narrativa, sono richiamati e resi disponibili *per relationem* anche se non materialmente allegati alla presente deliberazione, per l'inferenza necessaria nel giudizio valutativo sotteso al presente atto amministrativo
14. DI DICHIARARE il presente provvedimento immediatamente eseguibile ai sensi dell'art. 134, comma 4 , del D. Lgs. 18/08/2000, n. 267 "Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento delle Autonomie Locali".

Approvato e sottoscritto

F.to IL PRESIDENTE
BARBERO

F.to IL SEGRETARIO GENERALE
VALERII

Publicata all' Albo Pretorio del Comune il 20.05.2020 per gg. 15.

Lì, 20.05.2020

F.to IL SEGRETARIO GENERALE
VALERII

La presente deliberazione:

È stata trasmessa in elenco con lettera in data 20.05.2020 ai Signori Capigruppo Consiliari così come prescritto dall' art. 125 - comma - 1 - D. lgs 267/2000;

Lì 20.05.2020

**Il Segretario Generale
F.to VALERII**

è divenuta esecutiva il _____ decorsi 10 giorni dalla pubblicazione (art. 134 - comma 3 - D. lgs 267/2000).

Dalla Residenza comunale, lì _____

**Il Segretario Generale
F.to VALERII**

Per copia conforme all'originale, rilasciata in carta libera, per uso amministrativo.

Valenza, lì

**Il Segretario Generale
VALERII**