

Publicato il 03/07/2018



N. 00593/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00221/2017 REG.RIC.

N. 00223/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 221 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ardea Energia s.r.l., CMCI Società Consortile a r.l. Consorzio Stabile, Consorzio Servizi e Appalti e SOF s.p.a., rappresentati e difesi dagli avvocati Mario Eugenio Comba, Sara Richetto, Annalisa Damele e Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Genova, via Corsica 2/11;

contro

Comune di Genova, rappresentato e difeso dall'avvocato Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio eletto presso gli uffici della civica Avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti

- Celsis s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Porta degli Archi 3;
- Iren Energia s.p.a. e RC Energia s.c. a r.l., rappresentate e difese dagli avvocati

Daniela Anselmi e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Genova, via Corsica, 19/10;

- Duferco Energia s.p.a, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 223 del 2017, proposto da:

Iren Energia s.p.a. e RC Energia s.c. a r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Daniela Anselmi e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Genova, via Corsica, 19/10;

contro

Comune di Genova, rappresentato e difeso dall'avvocato Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio eletto presso gli uffici della civica Avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nel confronti

Ceisis s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Porta degli Archi 3;

per l'annullamento

di tutti gli atti della selezione indetta dal comune di Genova per la individuazione, tramite procedura di project financing, del soggetto proponente a seguito di manifestazione d'interesse per gli interventi di efficientamento della pubblica illuminazione, e, segnatamente: - della determinazione del dirigente dell'Area Tecnica - Struttura di staff Energy Manager n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017, nella parte in cui ha ritenuto la proposta formulata da Ceisis s.p.a. la migliore, in quanto di maggior vantaggio rispetto alle altre; - della deliberazione di giunta comunale 24.5.2017, n. 120, con cui il comune ha preso atto degli esiti della verifiche tecniche e valutative esposte dal dirigente Energy Manager e ha dichiarato la fattibilità e la rispondenza al pubblico interesse della proposta presentata da Ceisis s.p.a..

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio ed i ricorsi incidentali proposti da Ceisis s.p.a. (in entrambi i ricorsi R.G. 221/2017 e 223/2017), da Iren Energia s.p.a. e RC Energia s.c. a r.l. (nel ricorso R.G. 221/2017) e da Ardea Energia s.r.l., CMCI Società Consortile a r.l. Consorzio Stabile, Consorzio Servizi e Appalti e SOF s.p.a. (nel ricorso R.G. 223/2017);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2018 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 24.3.2017 ed assunto al numero di R.G. 221/2017 le società Ardea Energia s.r.l., CMCI Società Consortile a r.l. Consorzio Stabile, Consorzio Servizi e Appalti e SOF s.p.a. (di seguito, R.T.I. Ardea senz'altro), presentatrici in raggruppamento di una proposta di efficientamento energetico del sistema di illuminazione pubblica del comune di Genova tramite procedura di project financing, hanno impugnato la determinazione del dirigente dell'Area Tecnica - Struttura di staff Energy Manager n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017, avente ad oggetto "individuazione del soggetto proponente a seguito di manifestazione d'interesse per gli interventi di efficientamento della pubblica illuminazione e in riferimento alla DGC n. 6 del 26/01/2017", nella parte in cui non ha disposto l'esclusione di Ceisis s.p.a. e dell'A.T.I. costituenda tra Iren Energia s.p.a. ed RC Energia s.c.a.r.l. (di seguito A.T.I. Iren senz'altro), nonché nella parte in cui ha ritenuto la proposta formulata da Ceisis la migliore, in quanto di maggior vantaggio rispetto alle altre.

A sostegno del gravame hanno dedotto cinque motivi di ricorso, come segue.

A. In via principale.

1. Errata ed irragionevole valutazione delle proposte presentate da Ceisis s.p.a. e dall'A.T.I. Iren. Violazione ed errata applicazione dell'art. 183 comma 15 e dell'art. 187 del D.Lgs. 50/2016.

Le proposte formulate da Ceisis s.p.a. e dall'A.T.I. Iren, in quanto strutturate come project leasing, avrebbero dovuto contenere l'obbligatoria indicazione del soggetto finanziatore, ai sensi di quanto previsto dall'art. 187 del codice appalti.

2. Errata ed irragionevole valutazione delle proposte presentate da Ceisis s.p.a. e dall'A.T.I. Iren. Violazione degli artt. 3, lett. ccc) e 180 del D.Lgs. 50/2016, nonché della check-list adottata dall'amministrazione per valutare le proposte dei concorrenti. Mancata indicazione della allocazione dei rischi.

Le proposte formulate da Ceisis s.p.a. e dall'A.T.I. Iren non conterrebbero alcuna indicazione relativa al rischio da esse assunto, ponendosi così in contrasto con quanto disposto dalla check-list e dalle disposizioni normative richiamate in rubrica.

B. In via meramente subordinata.

3. Violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento delle procedure di gara.

L'apertura della busta contenente la proposta del R.T.I. ricorrente è avvenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (31.7.2016), e quindi prima dell'apertura delle offerte presentate dagli altri concorrenti, in violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento e dell'art. 55, comma 5 del codice appalti.

4. Violazione dei principi di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa: l'apertura delle buste è avvenuta in seduta riservata.

5. Violazione dell'art. 183, comma 15 del D.Lgs. 50/2016. Decadenza dell'amministrazione dal potere di valutare la fattibilità delle proposte per decorrenza del termine di tre mesi dal loro ricevimento.

Si sono costituiti in giudizio il comune di Genova, Ceisis s.p.a. e l'A.T.I. Iren.

Con atto notificato in data 24.4.2017 l'A.T.I. Iren ha proposto ricorso incidentale, affidato a due motivi, come segue.

1. Eccesso di potere per violazione di norme interne. Eccesso di potere per violazione del principio della par condicio.

Benché all'R.T.I. Ardea sia stata offerta la possibilità – in violazione del principio di par condicio – di chiarire alcuni aspetti deficitari della sua proposta originaria, questa non avrebbe raggiunto gli obiettivi della check-list.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione delle previsioni di cui alla check-list del 31 marzo 2016 in tema di piano economico finanziario. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità.

La proposta del R.T.I. Ardea avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per mancato raggiungimento dell'obiettivo di cui al punto 8.3 della check-list (calcolo del flusso di cassa annuo generato dalla stima del risparmio economico sulla riduzione dei consumi energetici e del risparmio sulla riduzione del costo di manutenzione per la sola mancata sostituzione delle lampade).

Con atto notificato in data 28.4.2017 anche Ceisis s.p.a. ha proposto ricorso incidentale, affidato a quattro motivi, come segue.

1. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 (per valutare le proposte dei concorrenti), in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà [Indicazione nella proposta del R.T.I. Ardea di una durata della concessione assai superiore alla vita utile di 10 anni tipica della tecnologia a LED].

Il concorrente che, come il R.T.I. Ardea, abbia parametrato la proposta di concessione su una durata in anni (16) superiore a 10, corrispondente alla vita utile della tecnologia a LED, avrebbe dovuto farsi carico di dimostrare che i corpi illuminanti offerti avessero una durata maggiore di quella standard, o, in alternativa,

tenere conto dell'investimento corrispondente ad una seconda sostituzione degli stessi.

2. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 (per valutare le proposte dei concorrenti), in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà [indicazione da parte del R.T.I. Ardea di una proposta comportante un risultato del c.d. value for money negativo].

Il R.T.I. Ardea non avrebbe raggiunto un risultato positivo in termini di value for money.

3. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 (per valutare le proposte dei concorrenti), in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà [errata valutazione da parte del Comune della proposta presentata dal R.T.I. Ardea circa il PEF].

Il mancato raggiungimento del punto 8.3 della check-list avrebbe dovuto condurre, stante il carattere essenziale del piano economico finanziario, alla esclusione del R.T.I. Ardea.

4. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 (per valutare le proposte dei concorrenti), in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà [errata valutazione da parte del Comune della proposta presentata da Ceisis s.p.a. quanto a taluni profili].

4.1. Nel documento tecnico 24.2.2017 allegato alla D.D. n. 2017-270.2.0-6 sarebbe erroneamente indicato che nell'offerta di Ceisis non sarebbe del tutto adeguata la "strategia di telecontrollo e telegestione che è prevista solo per circa un sesto degli impianti".

4.2. Le considerazioni espresse dal consulente circa il fatto che l'asseverazione del piano economico-finanziario non sia stata effettuata da una delle quattro primarie società di revisione appaiono del tutto soggettive, e non coerenti con le regole della

procedura.

Con istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. (accesso in pendenza di giudizio), notificata in data 19.4.2017, il R.T.I. Ardea ha chiesto l'annullamento della nota del Comune di Genova prot. PG/2017/101740 del 24 marzo 2017, nella parte in cui ha differito l'esercizio del diritto di accesso alla proposta tecnica di Ceisis all'esito della eventuale gara da esperirsi una volta individuato il promotore.

Con ordinanza 23.6.2017, n. 558 la sezione ha accolto il ricorso contro il differimento del diritto di accesso espresso dal comune con la nota prot. PG/2017/101740 del 24 marzo 2017, ordinando al comune di Genova l'esibizione di tutti i documenti concernenti la proposta tecnica di Ceisis s.p.a..

A seguito di un parziale accesso agli atti (inizialmente concesso dal comune con esclusione della proposta tecnica degli altri concorrenti), con un primo atto di motivi aggiunti notificato in data 3.5.2017 il R.T.I. Ardea ha esteso l'impugnazione a tutta la documentazione rilasciata in esito all'accesso agli atti.

A sostegno del gravame aggiuntivo ha dedotto tre motivi di ricorso, come segue.

A. In riferimento alla valutazione delle proposte presentate da Ceisis s.p.a. e dall'A.T.I. Iren.

1. Violazione ed errata applicazione dell'art. 183 comma 15 e dell'art. 187 del D.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti.

Ceisis s.p.a. e l'A.T.I. Iren, pur avendo proposto di realizzare l'intervento mediante project leasing, avrebbero omesso di indicare ed associare il soggetto finanziatore e di comprovarne i requisiti, ciò che avrebbe dovuto condurre alla loro esclusione dalla procedura.

2. Violazione degli artt. 93 e 183, comma 15, del D.Lgs. 50/2016; violazione della lex specialis di gara e difetto di istruttoria.

Il Comune, illegittimamente, non avrebbe disposto l'esclusione di Ceisis s.p.a. per mancanza della cauzione provvisoria e dell'impegno a rilasciare la cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento.

3. In via subordinata, in riferimento all'illegittimità della procedura svolta dal Comune di Genova.

Mancata nomina di una commissione giudicatrice per la valutazione delle proposte. Incompatibilità.

Con un secondo atto di motivi aggiunti notificato in data 14.7.2017 il R.T.I. Ardea ha esteso l'impugnazione alla deliberazione di giunta comunale 24.5.2017, n. 120, con cui il comune ha preso atto degli esiti della verifiche tecniche e valutative esposte dal dirigente Energy Manager e ha dichiarato la fattibilità e la rispondenza al pubblico interesse della proposta presentata da Ceisis s.p.a..

Lamenta che le valutazioni dell'Energy Manager siano state illegittimamente effettuate su una nuova integrale proposta, sostitutiva di quella originaria.

A sostegno del secondo gravame aggiuntivo ha dedotto due motivi di ricorso, come segue.

A. Illegittimità in via propria ed in via derivata.

La deliberazione gravata si appaleserebbe viziata in via propria e in via derivata in conseguenza di tutti i vizi già dedotti sia con il ricorso introduttivo, sia con il primo atto di motivi aggiunti.

B. Illegittimità in via propria.

1. Violazione dell'art. 183, comma 15 del D. Lgs. 50/2016. Violazione dei principi di parità di trattamento, eguaglianza e par condicio tra i partecipanti alla procedura. L'Amministrazione, lungi dal richiedere modifiche di dettaglio alla proposta di Ceisis s.p.a., gli avrebbe consentito di formulare una vera e propria nuova proposta, diversa da quella originaria sotto molteplici rilevanti aspetti, con conseguente violazione dei principi di parità di trattamento e par condicio.

2. Violazione ed errata applicazione dell'art. 183 comma 15 del D.lgs. 50/2016. Decadenza dell'Amministrazione dal potere di valutare la fattibilità della proposta per decorrenza del termine.

Infine, con un terzo atto di motivi aggiunti notificato in data 15.9.2017, il R.T.I. Ardea ha esteso l'impugnazione a tutti gli atti e a tutta la documentazione resi

disponibili in esito all'accesso avvenuto in data 18 luglio 2017 presso il Comune di Genova, e, segnatamente, alla proposta tecnica presentata da Ceisis (sia quella originariamente presentata, sia quella modificata) e agli atti con cui il Comune ha consentito la modifica della proposta originaria di Ceisis (tra cui la nota prot. 151531 del 5 maggio 2017, recante ad oggetto "invito ad apportare modifiche alla proposta").

Lamenta che, anche alla luce dei nuovi atti e documenti rilasciati con l'accesso del 18 luglio 2017, risulterebbe definitivamente accertato il vizio già dedotto nei precedenti atti, con cui si è censurato che la proposta originaria di Ceisis, già affetta da radicali carenze che ne avrebbero dovuto decretare fin da subito l'esclusione, avrebbe subito una inammissibile "rinnovazione" a scapito del confronto selettivo già svolto, ed in palese violazione sia della par condicio tra i concorrenti, sia del divieto di soccorso istruttorio relativamente agli elementi dell'offerta.

A sostegno del terzo gravame aggiuntivo ha dedotto cinque motivi di ricorso, come segue.

1. Illegittimità in via propria e in via derivata.

Gli atti ulteriormente gravati si appaleserebbero viziati in via propria e in via derivata in conseguenza di tutti i vizi già dedotti sia con il ricorso introduttivo, sia con i precedenti due atti di motivi aggiunti.

2. Violazione ed errata applicazione dell'art. 183 comma 15 e dell'art. 187 del D.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti.

Dalla documentazione fornita dal Comune si trarrebbe ulteriore conferma dell'inammissibilità della proposta di Ceisis s.p.a. (e di quella dell'A.T.I. Iren), in quanto non contenente l'indicazione del finanziatore richiesta dall'art. 187, comma 5 del D. Lgs. 50/2016.

3. Errata valutazione della proposta presentata da Ceisis. Violazione dell'art. 183 comma 15 del D. Lgs. 50/2016. Violazione dei principi di parità di trattamento, eguaglianza e par condicio tra i partecipanti alla procedura.

La originaria proposta di Ceisis non conteneva la relazione di value for money, ciò che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione in applicazione della check-list, senza possibilità di sanare la lacuna mediante soccorso istruttorio, istituto che non è applicabile agli elementi dell'offerta tecnica ed economica.

4. Ulteriore violazione dell'art. 183, comma 15 del D. Lgs. 50/2016 e dei principi di parità di trattamento, eguaglianza e par condicio tra i partecipanti alla procedura. Ceisis avrebbe prodotto la necessaria cauzione provvisoria, emessa il 23.5.2017, soltanto in esito a due richieste di integrazione, peraltro successivamente al momento in cui la sua proposta era stata già ritenuta la migliore.

5. In riferimento alla valutazione del value for money. Violazione dei principi di parità di trattamento, eguaglianza e par condicio tra i partecipanti alla procedura. Il comune, oltre a non avere adeguatamente predisposto ex ante criteri uniformi per il calcolo del value for money, avrebbe sottostimato il calcolo del R.T.I. ricorrente. Con ricorso notificato in data 27.3.2017 ed assunto al numero di R.G. 223/2017 le società Iren Energia s.p.a. ed RC Energia s.c.a.r.l., presentatrici in A.T.I. di una proposta per la realizzazione, con le forme del partenariato pubblico privato, di interventi di efficientamento della pubblica illuminazione del comune di Genova ai sensi dell'art. 183 comma 15 del D. Lgs. n. 50/2016, hanno impugnato la determinazione del Dirigente dell'Area Tecnica - Struttura di staff Energy Manager n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017, avente ad oggetto "individuazione del soggetto proponente a seguito di manifestazione d'interesse per gli interventi di efficientamento della pubblica illuminazione e in riferimento alla DGC n. 6 del 26/01/2017", nella parte in cui ha individuato la proposta presentata dalla società controinteressata Ceisis s.p.a. come quella più vantaggiosa, sia sotto il profilo tecnico che economico-finanziario, rispetto alle altre tre.

A sostegno del gravame hanno dedotto due motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione di legge in relazione agli artt. 180, comma 2, e 185, comma 15, D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Eccesso di potere per contraddittorietà tra più atti. Eccesso di potere sotto più profili sintomatici: carenza di istruttoria; travisamento

dei fatti; insufficiente e/o erronea motivazione.

La proposta di Ceisis difetterebbe dell'elemento - proprio del project financing - della gestione degli interventi realizzati come fonte di remunerazione del costo dei medesimi.

2. Eccesso di potere per violazione di norme interne. Eccesso di potere per violazione del principio della par condicio. Violazione di legge in relazione all'art. 185, comma 15, D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, sotto un diverso profilo.

La iniziale proposta di Ceisis non sarebbe conforme ai requisiti di cui alla così detta check-list, cioè con il documento di sintesi approvato dal comune con determinazione dirigenziale 31.3.2016 n. 2016-270.2.0.-3, contenente l'elencazione degli elementi qualificanti delle proposte affinché potessero ritenersi in linea con gli obiettivi primari dell'amministrazione.

In particolare, mancherebbero gli elementi costitutivi della "finanza di progetto", quali la autonoma sostenibilità finanziaria della proposta di Ceisis "senza specifici incrementi di capitale sociale ovvero senza uno specifico impegno del fornitore delle lampade CREE Europe s.r.l. o di CREE Inc. di concedere una specifica linea di credito di fornitura coerente con la durata del piano", come inizialmente ritenuto dal professionista esterno appositamente incaricato dell'analisi dei piani economico-finanziari, sicché avrebbe dovuto essere da subito dichiarata inammissibile.

Al contrario, l'amministrazione avrebbe illegittimamente consentito l'integrazione dei contenuti sostanziali della proposta Ceisis mediante il coinvolgimento del fornitore tecnologico oltre la scadenza del termine (31 luglio 2016) indicato dal comune come ultimativo, senza fornire analoga chance agli altri proponenti.

Con atti depositati in data 13.4.2017 si sono costituiti in giudizio il comune di Genova e Ceisis s.p.a..

A seguito di un parziale accesso agli atti (concesso dal comune con esclusione della proposta tecnica degli altri concorrenti, comprensiva degli allegati tecnici originali

e di quelli forniti in esito al riscontro dei chiarimenti), con un primo atto di motivi aggiunti notificato in data 21.4.2017 l'A.T.I. Iren ha esteso l'impugnazione alla nota del Comune di Genova prot. PG/2017/101739 del 24 marzo 2017, recante diniego di autotutela, nonché a tutta la documentazione rilasciata in esito all'accesso agli atti.

A sostegno del gravame aggiuntivo ha dedotto cinque motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi generali in materia di pubbliche procedure selettive ai fini dell'affidamento di contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione del principio di trasparenza e di par condicio nelle pubbliche procedure comparative ai fini dell'affidamento di contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione del principio di segretezza nelle pubbliche procedure comparative ai fini dell'affidamento di contratti pubblici. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà.

1.1. La procedura seguita non sarebbe stata preceduta dalla fondamentale e indispensabile predeterminazione di criteri sulla cui base esaminare e valutare comparativamente le proposte degli aspiranti concorrenti, né il provvedimento finale, che reca le valutazioni conclusive, attribuisce specifici punteggi alle varie proposte, ma esclusivamente delle generiche valutazioni preferenziali, che impediscono un corretto confronto comparativo tra i vari aspetti delle varie proposte pervenute.

1.2. Il comune avrebbe del tutto omissso di individuare una commissione deputata alle operazioni di valutazione delle proposte, demandando l'incombente - genericamente - ad una non meglio individuata "struttura di staff - Energy Manager", sulla base di una relazione acquisita da un professionista esterno, ciò che non fornisce alcuna garanzia di imparzialità.

1.3. Non risulta alcuna verbalizzazione della procedura seguita, in particolare per quanto riguarda le attività di ricezione ed apertura dei plichi contenenti le proposte, da effettuarsi in seduta pubblica, nonché l'esame e la valutazione delle stesse.

1.4. Nella prima valutazione delle quattro proposte effettuata dalla struttura di staff Energy Manager ed allegata alla deliberazione G.C. 26.1.2017, solo due proposte sarebbero state giudicate valide sotto il profilo del value for money, senza peraltro che fosse indicato quali fossero.

1.5. Le valutazioni svolte dalla struttura dirigenziale del Comune nell'esame delle proposte avrebbero dovuto necessariamente prendere a riferimento gli elementi individuati nella così detta check-list: viceversa, la struttura di staff – Energy Manager, nel procedere alle valutazioni delle proposte, avrebbe sostanzialmente proceduto alla implementazione dei dati forniti dai proponenti, elaborando di propria iniziativa le proposte in questione ed i relativi elementi attraverso una valutazione definita "indipendente".

1.6. Il comune non avrebbe proceduralizzato l'iter di acquisizione, da parte dei proponenti, dei chiarimenti richiesti più volte dalla struttura comunale, chiarimenti che rivestono la portata di integrazioni tecniche delle proposte e sono stati richiesti ed acquisiti in varie fasi, tutte in epoca successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle proposte.

2. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi generali in materia di pubbliche procedure selettive ai fini dell'affidamento di contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di immodificabilità soggettiva delle offerte e in tema di requisiti morali.

Con nota in data 6.9.2016 la società Ceisis, successivamente alla scadenza del termine di presentazione del 31 luglio 2016, avrebbe inammissibilmente introdotto un elemento soggettivo di radicale modificazione della propria proposta, affermando l'intendimento di affiancare in A.T.I. (o altra forma associativa) un nuovo soggetto, e cioè la CREE Europe, senza peraltro allegare gli indispensabili documenti comprovanti i requisiti morali dei rappresentanti della CREE Europe, in violazione dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016.

3. Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 183 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione delle disposizioni assunte dall'Amministrazione con la check-list in tema di cauzione.

Mentre le disposizioni vincolanti tracciate dalla check-list adottata dall'amministrazione con determinazione dirigenziale n. 2016-270.2.0-3 in data 31 marzo 2016 imponevano due adempimenti in tema di garanzia (- una cauzione pari al 2% subito; - un impegno a rilasciare cauzione nella misura del 2,5% in caso di indizione di gara), la Società Ceisis avrebbe prestato esclusivamente un impegno a rilasciare in caso di gara una cauzione pari al 2,5%, ma avrebbe del tutto omissso di rilasciare la cauzione del 2%, allegando una e-mail di un non meglio precisato funzionario della BNL che genericamente afferma l'intendimento di affiancare Ceisis nel progetto, e di predisporre all'uopo la cauzione.

4. Le proposte relative alla realizzazione dell'intervento in questione sono state elaborate e valutate senza la preventiva adozione del Piano Regolatore dell'Illuminazione Comunale (PRIC), la cui redazione - necessariamente propedeutica all'elaborazione delle proposte di P.P.P. - era stata specificamente demandata alla struttura di staff dell'Energy Manager dalla deliberazione G.C. n. 32 del 3 marzo 2016.

5. Illegittimità in via propria e in via derivata.

Tutti gli atti impugnati con l'atto di motivi aggiunti sarebbero viziati in via propria e in via derivata in conseguenza dei vizi dedotti con il ricorso introduttivo.

Con istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. (accesso in pendenza di giudizio), notificata in data 21.4.2017, la A.T.I. Iren ha chiesto l'annullamento della nota del Comune di Genova prot. PG/2017/101739 del 24 marzo 2017, nella parte in cui ha differito l'esercizio del diritto di accesso alla proposta tecnica di Ceisis all'esito della eventuale gara da esperirsi una volta individuato il promotore.

Con ordinanza 14.6.2017, n. 527 la sezione ha accolto il ricorso contro il differimento del diritto di accesso espresso dal comune con la nota prot. PG/2017/101739 del 24 marzo 2017, ordinando al comune di Genova l'esibizione

di tutti i documenti concernenti la proposta tecnica di Ceisis s.p.a..

Con atto notificato in data 28.4.2017 Ceisis s.p.a. ha proposto ricorso incidentale avverso la determinazione del Dirigente dell'Area Tecnica - Struttura di staff Energy Manager n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017, di individuazione del soggetto proponente, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione dalla procedura della A.T.I. Iren, nonché, in via cautelativa, nella parte in cui avrebbe erroneamente valutato la proposta di Ceisis s.p.a..

A sostegno dell'impugnazione incidentale ha dedotto quattro motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 per valutare le proposte dei concorrenti, in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà [mancata indicazione da parte della A.T.I. Iren dei corpi illuminanti].

Dalla relazione conclusiva 24.2.2017 elaborata, all'esito della fase di valutazione delle quattro proposte, dal dirigente Energy Manager del Comune di Genova ed allegata alla determinazione dirigenziale n. 2017-270.2.0-6, risulta che la relazione tecnica a corredo della proposta della A.T.I. Iren non indicherebbe alcun prodotto specifico relativamente ai corpi illuminanti offerti, ciò che ha reso impossibile l'accertamento della rispondenza della proposta ai punti 3, 4, 5, 6 e 7 della check-list e avrebbe dovuto conseguentemente condurre all'esclusione della A.T.I. medesima dalla procedura per assoluta inadeguatezza e indeterminatezza dell'offerta su di un elemento essenziale dell'intervento.

2. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 per valutare le proposte dei concorrenti, in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà [indicazione da parte della A.T.I. Iren di una durata della concessione superiore alla vita utile di 10 anni tipica della

tecnologia a LED).

La A.T.I. Iren ha proposto una durata della concessione pari a 11 anni (7 per Ceisis), superiore alla vita utile della tecnologia a LED (10 anni), senza peraltro offrire prodotti di durata certificata superiore a quella standard, o prevedere una sostituzione dei corpi illuminanti, sicché la relativa proposta avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

3. Violazione dell'art. 187 del D.Lgs. n. 50/2016, in relazione all'art. 183, comma 15, del medesimo D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà [mancata indicazione da parte della A.T.I. Iren del soggetto finanziatore e mancata dimostrazione dei pertinenti requisiti e mezzi].

Il piano economico finanziario asseverato presentato dalla A.T.I. Iren a corredo dell'offerta sarebbe riferito ad un project leasing, senza la necessaria indicazione del soggetto finanziatore che disponga degli occorrenti requisiti e mezzi, in violazione dell'art. 187 commi 3 e 5 D. Lgs. n. 50/2016, sicché il Comune ne avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla procedura.

4. Violazione della check-list adottata dal Comune il 31.3.2016 per valutare le proposte dei concorrenti, in relazione all'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, contraddittorietà [errata valutazione da parte del Comune della proposta presentata da Ceisis s.p.a. quanto a taluni profili].

4.1. Nel documento tecnico 24.2.2017 allegato alla D.D. n. 2017-270.2.0-6 sarebbe erroneamente indicato che nell'offerta di Ceisis non sarebbe del tutto adeguata la "strategia di telecontrollo e telegestione che è prevista solo per circa un sesto degli impianti".

4.2. Le considerazioni espresse dal consulente circa il fatto che l'asseverazione del piano economico-finanziario non sia stata effettuata da una delle quattro primarie società di revisione appaiono del tutto soggettive e non coerenti con le regole della procedura.

Con atto notificato in data 11.5.2017 le società Ardea Energia s.r.l., CMCI s.c. a r.l., Consorzio Servizi e Appalti e S.O.F. s.p.a., presentatrici in R.T.I. di una proposta nell'ambito della procedura de qua, si costituivano in giudizio, spiegando altresì - per mero tuziorismo difensivo (avendo già proposto l'autonomo ricorso assunto al numero di R.G. 221/2017) - ricorso incidentale al fine di ottenere l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione dalla procedura delle offerte di Ceisis s.p.a. e dell'A.T.I. Iren.

Con un secondo atto di motivi aggiunti notificato in data 23.6.2017 l'A.T.I. Iren ha esteso l'impugnazione alla deliberazione di giunta comunale 24.5.2017, n. 120, con cui il comune ha preso atto degli esiti della verifiche tecniche e valutative esposte dal dirigente Energy Manager ed ha dichiarato la fattibilità e la rispondenza al pubblico interesse della proposta presentata da Ceisis s.p.a..

In attesa di poter accedere alla proposta tecnica definitiva di Ceisis, lamenta che tali valutazioni siano state illegittimamente effettuate su una nuova integrale proposta, sostitutiva di quella originaria.

A sostegno del secondo gravame aggiuntivo ha dedotto due motivi di ricorso, come segue.

1. Illegittimità in via propria e in via derivata.

Gli atti gravati si appaleserebbero viziati in via propria e in via derivata in conseguenza di tutti i vizi già dedotti sia con il ricorso introduttivo, sia con il primo atto di motivi aggiunti.

2. Illegittimità in via propria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Irragionevolezza. Difetto del presupposto. Violazione del principio di par condicio. Da un primo esame della delibera n. 120/2017 e dei suoi allegati emergerebbe che la società Ceisis non si sarebbe limitata - come consentito dall'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016 - ad apportare delle modifiche alla propria proposta, ma

l'avrebbe rinnovata integralmente (così sanandone le originarie carenze già denunciate) sotto più profili attinenti ad elementi costitutivi fondamentali, quali: - la durata (da 7 ad 8 anni); - il ricavo operativo del concessionario per l'ottenimento e la vendita dei titoli di efficienza energetica (TEE); - la cauzione ex art. 93 D.lgs. 50/2016; - il value for money (da € 11.177.086 ad € 19.132.358); - lo stralcio degli investimenti relativi ai servizi di smart city e dei c.d. pali intelligenti; - l'incremento della fornitura dei quadri elettrici e del telecontrollo (da un sesto alla totalità degli impianti); - l'inserzione nella nuova proposta di un regolamento di esercizio che regola i rapporti con Aster; - l'accollo ad Aster della manutenzione ordinaria degli impianti per un importo di 2,3 milioni di euro all'anno, in contrasto con le caratteristiche essenziali del project financing; - l'incremento del valore del risparmio energetico (dal 60 % al 68%); - l'inserimento del "supporto" alla redazione del PRIC Piano Regolatore dell'Illuminazione Comunale tra i servizi inclusi nella proposta; - la mancata definizione del ruolo del partner "CREE Europe".

Infine, con un terzo atto di motivi aggiunti notificato in data 11.9.2017, l'A.T.I. Iren ha esteso l'impugnazione a tutti gli atti e a tutta la documentazione resi disponibili in esito all'accesso avvenuto in data 13 luglio 2017 presso il Comune di Genova, e, segnatamente, alla proposta tecnica presentata da Ceisis (sia quella originariamente inoltrata, sia quella modificata presentata successivamente allo svolgimento della procedura selettiva) e agli atti con cui il Comune ha consentito la modifica della proposta originaria di Ceisis (tra cui la nota prot. 151531 del 5 maggio 2017, recante ad oggetto "invito ad apportare modifiche alla proposta").

Lamenta che, alla luce dei nuovi atti e documenti rilasciati con l'accesso del 13 luglio 2017, risulterebbe definitivamente acclarato il vizio già dedotto nel precedente atto di motivi aggiunti, con cui si è censurato che la proposta originaria di Ceisis, già affetta da radicali carenze che ne avrebbero dovuto decretare l'esclusione, avrebbe subito una inammissibile "rinnovazione" a scapito del confronto selettivo già svolto ed in palese violazione della par condicio tra i

concorrenti, ponendo le basi per una futura "gara" soltanto virtuale.

A sostegno del terzo gravame aggiuntivo ha dedotto quattro motivi di ricorso, come segue.

1. Illegittimità in via propria e in via derivata.

Gli atti ulteriormente gravati si appaleserebbero viziati in via propria e in via derivata in conseguenza di tutti i vizi già dedotti sia con il ricorso introduttivo, sia con i precedenti due atti di motivi aggiunti.

2. Illegittimità in via propria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Irragionevolezza. Difetto del presupposto. Violazione delle regole sulla par condicio nelle pubbliche selezioni comparative.

L'accesso alle proposte avrebbe consentito di evidenziare una ulteriore serie di censure specifiche: in particolare, dalle previsioni contenute nei computi metrici a corredo delle proposte, emergerebbe una serie di strutturali differenze tra la prima e la seconda proposta, che da un lato evidenziano l'insanabile criticità dell'originaria proposta, la quale avrebbe dovuto non essere ammessa al confronto selettivo, dall'altro avrebbero alterato il confronto competitivo.

In particolare: - la proposta originaria prevedeva che su 46.900 punti luce forniti ne venissero posati solo 19.900, con una carenza di 27.000 corpi illuminanti, "sanata" nella nuova proposta pur a fronte di una sorprendente riduzione del costo unitario e complessivo della relativa fornitura; - il numero di quadri da adeguare tecnologicamente passa da 500 a 200, mentre quello dei quadri da sostituire sale da 100 a 273, con un conseguente incremento di spesa pari ad € 3.525.307,00; - la riduzione del prezzo di rifacimento delle cabine sarebbe insostenibile ed incongruente; - sarebbe stato ridotto di dieci volte il numero (e la spesa) dei pali intelligenti, che oltretutto costituivano un elemento tra quelli posti a fondamento della check-list approvata dal Comune, in ordine alla quale era stato svolto il confronto selettivo; - nella nuova proposta la voce "spese tecniche" viene

incrementata da € 441.083,04 ad € 898.180,60, ciò che evidenzia una corrispondente sottostima dell'importo originario; - nella nuova proposta è presente un'ulteriore voce di spesa, del tutto assente nella originaria proposta, ovvero la voce "componenti di servizio (gestione)", per un importo complessivo pari a € 494.221,17; - sia nell'offerta originaria che in quella revisionata figura una voce per "oneri di sicurezza" di importo assolutamente irrisorio (€ 82.000,00); - la nuova proposta reca un'indicazione precisa ed univoca degli investimenti in tutti i documenti, mentre la indeterminatezza di un chiaro e preciso valore degli investimenti nella proposta originaria ne renderebbe inattendibile il piano economico finanziario.

3. Illegittimità in via propria. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di par condicio. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Irragionevolezza. Difetto del presupposto.

L'entità delle modifiche apportate, su richiesta del comune, alla bozza di convenzione – elemento essenziale della proposta di PPP - allegata alla proposta definitiva, per un verso confermerebbe le carenze della bozza originaria (che avrebbero dovuto condurre alla non ammissione dell'offerta), per altro verso darebbe conto dell'inammissibile finalità di "sanatoria" cui è stata piegata la facoltà prevista dall'art. 183 comma 15 di richiedere modificazioni al proponente.

4. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi generali in materia di pubbliche procedure selettive ai fini dell'affidamento di contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di immodificabilità soggettiva delle offerte e in tema di requisiti morali.

A conferma del vizio già denunciato con il secondo motivo del ricorso introduttivo, lamenta che l'amministrazione avrebbe illegittimamente consentito l'integrazione dei contenuti sostanziali della proposta Ceisis mediante il coinvolgimento del fornitore tecnologico oltre la scadenza del termine (31 luglio 2016) indicato dal

comune come ultimativo, oltretutto acquisendo documentazione direttamente da CREE Europe s.r.l..

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 20 giugno 2018 i due ricorsi sono stati tratti in decisione dal collegio per la decisione.

DIRITTO

Deve innanzitutto disporsi – ex art. 70 c.p.a. – la riunione dei due ricorsi, che, concernendo l'impugnazione dei medesimi atti per motivi in gran parte analoghi, sono strettamente connessi sia dal punto di vista soggettivo che da quello oggettivo, e possono dunque essere decisi con un'unica sentenza.

Ciò posto, occorre preliminarmente chiarire la natura e le caratteristiche della complessa ed articolata procedura oggetto della controversia, onde individuare la normativa applicabile ed i conseguenti parametri di legittimità dei provvedimenti impugnati.

E' pacifico che il comune abbia inteso concludere un contratto di partenariato pubblico privato, definito dall'art. 3 comma 1 lett. eee) del D. Lgs. n. 50/2016 come *"il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore [...]"*.

Benché il partenariato pubblico privato possa comportare oneri ridotti o finanche nulli a carico delle finanze pubbliche (in ciò risiedendo, in tempi di scarsità di risorse pubbliche, il principale motivo del suo successo rispetto al tradizionale contratto di appalto), nondimeno esso costituisce un'opportunità di guadagno per gli operatori privati: ciò che ne impone – a mente del principio generale di cui

all'art. 12 della legge n. 241/1990 - la soggezione al principio di concorrenza, secondo quanto espressamente dispone anche l'art. 181 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016 (*"la scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo"*).

Al fine di individuare l'operatore economico con cui stipulare il contratto di partenariato, l'amministrazione comunale di Genova ha fatto ricorso alla procedura disciplinata dall'art. 183 commi 15 e ss. del D. Lgs. n. 50/2016, espressamente citato nel dispositivo della determinazione dirigenziale 24.2.2017 n. 2017-270.2.0.6: trattasi di una procedura che, sebbene dettata per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità "in concessione", è nondimeno applicabile a tutti i contratti di partenariato pubblico privato (art. 183 comma 16 del codice dei contratti pubblici: *"la proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato"*).

Tale procedura, di carattere unitario, si articola in due fasi, la prima delle quali è finalizzata non già alla scelta - secondo una valutazione di merito comparativo - dell'operatore economico con il quale stipulare il contratto, bensì ad una preliminare valutazione - di merito assoluto - sulla idoneità tecnica e sulla "fattibilità" della proposta (in altre parole, sulla sua rispondenza all'interesse pubblico), e si conclude, anche all'esito di una eventuale interlocuzione con il proponente al fine di apportare alla proposta le necessarie modifiche, con l'approvazione del progetto di fattibilità e con il suo inserimento negli strumenti di programmazione dell'amministrazione.

La disposizione di cui all'art. 183 comma 15, presupponendo l'iniziativa privata in assenza di un vero e proprio bando (come invece previsto dal comma 1), è ovviamente declinata al singolare (*"la proposta"*, *"il progetto"*, *il proponente*), ma nulla vieta che - com'è accaduto nel caso di specie - più operatori economici presentino, eventualmente anche su sollecitazione dell'amministrazione a manifestare interesse, altrettante proposte (non già "offerte") concernenti la medesima tipologia di opera pubblica o di lavoro di pubblica utilità.

Poiché peraltro si tratta pur sempre di opere "non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione", la prima fase attinente alla valutazione di idoneità tecnica o di fattibilità della/e proposta/e sarà comunque indefettibile.

La seconda fase consiste invece nell'emanazione del vero e proprio bando di gara per la scelta dell'operatore economico con cui stipulare il contratto di partenariato pubblico privato, gara a base della quale dev'essere posto il progetto di fattibilità approvato, ed a cui dev'essere necessariamente invitato il proponente, il quale, ove non risulti aggiudicatario, può esercitare il diritto di prelazione.

Rispetto alla ordinaria procedura di project financing di cui all'art. 183 commi da 1 a 14 del D. Lgs. n. 50/2016, che postula l'iniziativa pubblica mediante l'autonoma predisposizione di un progetto di fattibilità da porre a base di un vero e proprio bando finalizzato alla presentazione di "offerte" (comma 2), la procedura in questione si caratterizza – come detto – per il fatto di essere ad iniziativa privata.

Da tale sostanziale caratteristica discende una fondamentale differenza.

Nell'ordinaria procedura ad iniziativa pubblica il progetto iniziale posto a base del bando ha già superato – in quanto predisposto dalla stessa amministrazione, in vista della realizzazione di un'opera pubblica già inserita negli strumenti di programmazione approvati – il vaglio di idoneità tecnica o di "fattibilità" (cioè la valutazione, di merito assoluto, di rispondenza all'interesse pubblico): sicché le varie "offerte" degli operatori economici, essendo state elaborate sulla base di un medesimo progetto di fattibilità, sono immediatamente comparabili secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 4), in quanto strutturalmente predisposte "secondo presupposti omogenei", individuati dal disciplinare di gara pubblicato dall'amministrazione stessa (comma 7).

Nel nostro caso, invece, le varie "proposte" degli operatori economici, riguardando lavori pubblici o di pubblica utilità "non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione", debbono necessariamente, prima

ancora di essere poste reciprocamente in comparazione, superare autonomamente il vaglio di "fattibilità" o di rispondenza al pubblico interesse: ed infatti esse riguardano la presentazione di un mero "progetto di fattibilità", non già di un "progetto definitivo" (oggetto delle offerte nella procedura ad iniziativa pubblica), che del primo costituisce il successivo approfondimento tecnico (cfr. art. 23 D. Lgs. n. 50/2016).

Si tratta di una valutazione rimessa all'amplissima discrezionalità dell'amministrazione, così come è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la decisione di inserire una determinata opera pubblica o un determinato lavoro di pubblica utilità nei propri strumenti di programmazione: ciò che, difatti, costituisce l'esito della prima fase di valutazione di "fattibilità" della proposta privata.

Ma soprattutto, trattandosi di proposte autonomamente allestite da uno o più operatori in assenza di un bando e di un disciplinare di gara, si tratterà per lo più di proposte disomogenee e non immediatamente comparabili o confrontabili, in quanto carenti di quei "presupposti omogenei" (cfr. l'art. 183 comma 7 D. Lgs. n. 50/2016, per il caso di iniziativa pubblica) che solo un bando di gara ed un disciplinare possono garantire.

Ciò premesso relativamente alle caratteristiche della procedura ex art. 183 commi 15 e ss. del D. Lgs. n. 50/2016, si osserva come, nel caso di specie, la procedura abbia preso il suo avvio con l'approvazione della deliberazione di giunta municipale 3.3.2016, n. 32, con cui il comune: - ha valutato "l'opportunità di fare ricorso a forme di cooperazione a lungo termine con operatori privati, c.d. di Partenariato Pubblico Privato (PPP) che, attraverso una proposta di intervento che copra gran parte degli impianti esistenti sul territorio genovese, anche in relazione a più ampie strategie, realizzi l'ammodernamento ed efficientamento dell'illuminazione pubblica allo scopo di perseguire obiettivi primari della C.A., in aderenza agli obiettivi posti dal legislatore, di seguito elencati [...]"; - ha dato mandato alla struttura di staff dell'Energy Manager "di attivare il conseguente percorso tecnico teso a consentire ai soggetti privati interessati l'elaborazione delle

proposte secondo gli obiettivi indicati [...].

Alla citata deliberazione n. 32/2016 era accluso, quale parte integrante, un documento (allegato A) contenente gli "elementi caratterizzanti il PPP".

A tale iniziale provvedimento ha fatto seguito la determinazione dirigenziale 31.3.2016 n. 2016-270.2.0.-3, con cui l'Energy Manager ha approvato il documento così detto di "check-list", cioè il documento di sintesi, da rendere disponibile a coloro che intendessero manifestare il proprio interesse, *"con il quale vengono elencati gli elementi che qualificano la proposta in linea con gli obiettivi primari del comune di Genova"*, nonché *"elemento di valutazione della capacità della proposta di raggiungere gli obiettivi del Comune di Genova nell'ambito di un accordo di Partenariato Pubblico Privato"*.

Si tratta, ad avviso del collegio, del documento che rappresenta per l'appunto il parametro sul quale stabilire, secondo una valutazione di merito assoluto, la idoneità tecnica e la "fattibilità" della/e proposta/e di partenariato pubblico privato, in termini di rispondenza agli obiettivi del comune, cioè all'interesse pubblico (check-list = lista di controllo o di verifica).

Tale documento di gara, infatti, a differenza di un bando o di un disciplinare (propri dell'iniziativa pubblica), non indica per ogni voce criteri e punteggi in vista di una valutazione "comparativa" delle proposte secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma contiene semplicemente l'elenco dei "requisiti minimi" ai fini della verifica o del controllo, secondo un criterio di merito assoluto del tipo on/off, della rispondenza delle singole proposte agli obiettivi del comune: in una parola, della loro "fattibilità".

Esso evoca piuttosto il documento descrittivo delle esigenze e dei requisiti dell'amministrazione che è proprio della procedura di dialogo competitivo, non a caso richiamato anche dall'art. 181 comma 1 D. Lgs. n. 50/2016 (inserito nel titolo I della parte IV del codice dei contratti pubblici, dedicato al partenariato pubblico privato): procedura nella quale, infatti - analogamente a quella in discussione -

L'amministrazione non ha ancora identificato chiaramente "la soluzione" che possa soddisfare senz'altro le sue necessità, ma intende individuarla proprio in un dialogo serrato con i partecipanti alla selezione, discutendo con loro - anche in fasi successive, mediante richieste di chiarimenti e/o integrazioni - tutti gli aspetti dell'appalto (art. 64 commi 4 e 5 del D. Lgs. n. 50/2016).

E' sulla base di questo documento e di ogni punto della check-list che l'Energy Manager ha infatti valutato le proposte ed elaborato la sua relazione conclusiva, allegata alla determinazione dirigenziale 2017-270.2.0.-6 unitamente alle verifiche di check-list di ogni singola proposta (allegati A, B, C e D).

Si rendono necessarie, a questo punto, due premesse.

La prima è che, nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, l'atto di scelta del promotore determina un'immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti: tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione (così Cons. di St., Ad. Plen., 28.1.2012, n. 1; nello stesso senso cfr. id., IV, 9.6.2015, n. 2827).

La seconda è che, secondo la più recente giurisprudenza, nell'ambito della normativa sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, l'art. 1 della direttiva 89/665/CEE deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedano l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente (così, da ultimo, Cons. di St., V, 23.3.2018, n. 1848, e la giurisprudenza ivi citata).

Ciò posto, può procedersi all'esame del merito della controversia, prendendo le mosse dai ricorsi principali del R.T.I. Ardea (R.G. 221/2017) e dell'A.T.I. Iren (R.G. 223/2017), che sono entrambi fondati.

Essi censurano la determinazione dirigenziale 24.2.2017 n. 2017-270.2.0.-6, nella parte in cui ha ritenuto "migliore" la proposta di Ceisis s.p.a., qualificandolo senz'altro come "proponente" e prevedendo l'invito ad apportare al suo progetto le modifiche necessarie ai fini del conseguimento del giudizio di fattibilità (poi espresso con la deliberazione di giunta comunale 24.5.2017, n. 120, impugnata con motivi aggiunti), con ciò escludendo immediatamente dalla fase di sviluppo e miglioramento della proposta presentata gli altri offerenti e determinando in tal modo, nei loro confronti, un arresto procedimentale.

Come chiarito sopra, la fase di valutazione di fattibilità di una proposta di partenariato pubblico privato ex art. 183 comma 15 D. Lgs. n. 50/2016 postula innanzitutto, prima ancora della sua comparazione con le altre proposte, una valutazione (di merito assoluto) circa la sua idoneità tecnica o fattibilità, in termini di rispondenza agli obiettivi dell'amministrazione, nel nostro caso chiaramente espressi dalla check-list approvata con determinazione dirigenziale dell'Energy Manager 31.3.2016, n. 2016-270.2.0.-3.

Orbene, come giustamente lamentato dalle società ricorrenti con il ricorso introduttivo (secondo motivo del ricorso del R.T.I. Ardea, primo motivo del ricorso dell'AT.I. Iren), la iniziale proposta di Ceisis non appare conforme ai requisiti di cui alla check-list, in quanto mancherebbero gli elementi costitutivi della "finanza di progetto", quali la autonoma sostenibilità finanziaria della proposta e la allocazione del rischio in capo all'operatore, che deve farvi fronte con i ricavi di gestione.

Difatti, l'allegato A (verifica check-list Ceisis) alla relazione conclusiva dell'Energy Manager parte integrante e sostanziale della determinazione dirigenziale 24.2.2017 n. 2017-270.2.0.-6 riporta chiaramente, quanto alla proposta

di Ceisis, un giudizio negativo circa il raggiungimento ("non raggiunto") degli obiettivi minimi dell'amministrazione di cui ai punti 2.5 e 8.3 della checklist, relativi – rispettivamente – alla "valutazione di convenienza e sostenibilità (analisi di value-for-money finalizzata a confrontare l'opzione tradizionale di realizzazione di un investimento – mutuo + appalto – con una opzione di Partenariato Pubblico Privato – Project Financing o Project Leasing – che comprende anche la valutazione qualitativa dei rischi trasferiti all'operatore privato condotta con la matrice dei rischi) ed al PEF (piano economico finanziario), che deve "presentare chiaramente i calcoli del flusso di cassa annuo generato dalla stima del risparmio economico sulla riduzione dei consumi energetici e il risparmio sulla riduzione del costo di manutenzione per la sola mancata sostituzione delle lampade".

Occorre considerare che, ai sensi degli artt. 3 comma 1 lett. ecc) e 180 del D. Lgs. n. 50/2016, l'allocazione in capo all'operatore economico del rischio di costruzione e di disponibilità/domanda dei servizi resi, cui deve poter fare fronte con i soli ricavi di gestione, costituisce proprio l'elemento essenziale e distintivo del contratto di partenariato pubblico privato.

Il profilo di gestione del rischio assume poi un'importanza ancora più accentuata nel caso in cui non si tratti di opere così dette "calde", cioè dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza (si pensi al caso di un'autostrada), ma – com'è certamente il caso dell'illuminazione pubblica - di opere "fredde", cioè di opere per le quali il privato che le realizza e le gestisce fornisce servizi direttamente alla pubblica amministrazione, e trae la propria remunerazione dai pagamenti effettuati da quest'ultima (per la nozione di opere calde, tiepide e fredde, cfr. la determinazione dell'ANAC 23.9.2015, n. 10, recante linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Stando così le cose, non si vede proprio come abbia potuto conseguire una valutazione di fattibilità – e, addirittura, "di maggior vantaggio" - una proposta che, all'esito dell'istruttoria svolta dall'Energy Manager sulla base della apposita check-

list, ha conseguito un giudizio di non raggiungimento degli obiettivi dell'amministrazione quanto ad adeguatezza della valutazione di convenienza e sostenibilità, comprensiva della valutazione dei rischi trasferiti all'operatore (analisi value for money – punto 2.5 della check-list) e di calcolo del flusso di cassa annuo generato dalla stima del risparmio economico sulla riduzione dei consumi energetici e del risparmio sulla riduzione del costo di manutenzione per la sola mancata sostituzione delle lampade (punto 8.3 della check-list).

Fondato è anche il secondo motivo del ricorso introduttivo dell'A.T.I. Iren (cui corrisponde il primo motivo del secondo atto di motivi aggiunti del R.T.I. Ardea, proposto avverso la deliberazione G.C. 24.5.2017, n. 120, dopo aver avuto accesso alla definitiva offerta tecnica di Ceisis.), concernente l'eccesso di potere per violazione del principio della par condicio, laddove il comune ha consentito ad un solo operatore economico (Ceisis) di presentare documentazione aggiuntiva volta a sanare le lacune di fattibilità della propria proposta e ad integrarne i contenuti, senza concedere la medesima chance agli altri proponenti.

Obietta l'abile difesa del comune che la fase di interlocuzione volta ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche ritenute necessarie dall'amministrazione al fine della sua positiva valutazione è espressamente prevista dall'art. 183 comma 15 del codice dei contratti pubblici, e rientra nell'ampia discrezionalità dell'amministrazione.

Sennonché – come suol dirsi – l'obiezione prova troppo, giacché, come chiarito più sopra, la norma consente all'amministrazione di invitare "il proponente" ad apportare "al progetto" le modifiche necessarie alla sua approvazione soltanto perché sottintende la presentazione di un'unica proposta di iniziativa privata, da sottoporre ad una valutazione di merito assoluto circa la sua idoneità tecnica, del tipo on/off (in termini di fattibilità/non fattibilità), senza che vengano in discussione principi di imparzialità o di parità di trattamento, che rilevano soltanto ove in concreto vi sia concorso di più domande.

Laddove invece, come nel caso di specie, vengano presentate da parte di diversi operatori economici più proposte di finanza di progetto concernenti la medesima opera pubblica, la valutazione di fattibilità della proposta "migliore" o "più vantaggiosa", implicando una scelta di merito comparativo, esige per un verso la predeterminazione di criteri, pesi e punteggi (art. 12 L. n. 241/1990 - cfr., con specifico riferimento alla fase di scelta del promotore in una procedura di finanza di progetto, T.A.R. Liguria, II, 4.4.2005, n. 429), per altro verso il rispetto dei principi fondamentali di imparzialità (art. 1 L. 241/1990), par condicio e non discriminazione (art. 30 del D. Lgs. n. 50/2016).

Anche in tal caso, torna utile il confronto con la procedura di dialogo competitivo (art. 64 D. Lgs. n. 50/2016), in cui - al pari di quella che ne occupa - l'amministrazione non individua fin da subito la soluzione più idonea a soddisfare i suoi bisogni, ma elabora semplicemente un documento descrittivo delle sue esigenze.

Ebbene, anche la normativa sul dialogo competitivo prevede la possibilità - che invero costituisce la caratteristica essenziale della relativa procedura - per l'amministrazione di avviare con i partecipanti un dialogo su qualsiasi aspetto dell'appalto, finalizzato al miglioramento delle proposte in vista dell'individuazione della soluzione più soddisfacente, e di richiedere ai partecipanti chiarimenti, precisazioni e integrazioni delle offerte finali, ma ha ben cura di precisare: - che *"durante il dialogo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti"* (comma 6); - che, *"tuttavia le precisazioni, i chiarimenti, i perfezionamenti o i complementi delle informazioni non possono avere l'effetto di modificare gli aspetti essenziali dell'offerta o dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, qualora le variazioni rischino di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio"* (comma 10); - soprattutto, con norma di chiusura, che *"le disposizioni di cui alle lettere a) e b) del comma 11 [concernenti l'integrazione dei documenti alla base delle offerte ricevute, n.d.r.] si applicano*

qualora da ciò non consegua la modifica sostanziale di elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto, comprese le esigenze e i requisiti definiti nel bando di gara, nell'avviso di indizione di gara o nel documento descrittivo, ovvero che non si rischi di falsare la concorrenza o creare discriminazioni".

In conclusione, in mancanza della predeterminazione di criteri, pesi e punteggi per ogni voce della check-list in vista di una valutazione di tipo comparativo, si danno due sole alternative: o una sola proposta risponde appieno a tutti i requisiti e le esigenze definiti dall'amministrazione nel documento descrittivo (la check-list), nel qual caso verrà valutata senz'altro fattibile e posta a base della successiva gara (art. 183 comma 15 D. Lgs. n. 50/2016); oppure, la facoltà di integrare, modificare e/o migliorare l'offerta prima della sua scelta e del giudizio conclusivo di fattibilità dev'essere concessa a tutti gli operatori economici che abbiano presentato una proposta, non già ad uno solo di essi, pena la violazione del fondamentale principio di non discriminazione e di parità di trattamento.

Nel caso di specie, invece, pur a fronte di gravi carenze della proposta Ceisis concernenti elementi fondamentali definiti nel documento descrittivo (punti 2.5 e 8.3 della check-list), il comune l'ha nondimeno ritenuta ammissibile e addirittura "migliore", disponendo di invitare soltanto Ceisis ad apportare al progetto le modifiche necessarie (così il dispositivo della determinazione dirigenziale 24.2.2017, n. 2017-270.2.0.-6, punti 1 e 2), in vista del conseguimento del giudizio di fattibilità (poi espresso con la deliberazione G.C. 24.5.2017, n. 120, impugnata con motivi aggiunti da entrambi i raggruppamenti ricorrenti).

Donde la sicura violazione, oltre che della check-list e del correlativo autovincolo, dei principi di par condicio e parità di trattamento.

Inammissibile per difetto di interesse è il ricorso principale del R.T.I. Ardea (R.G. 221/2017), laddove censura il provvedimento anche nella parte in cui non avrebbe escluso dalla procedura la proposta dell'A.T.I. Iren, in quanto a sua volta inammissibile.

In realtà, la determinazione dirigenziale 24.2.2017, n. 2017-270.2.0.-6, avendo ritenuto fattibile - seppure a condizione dell'accettazione dell'invito ad apportarvi le necessarie modifiche - la sola proposta della controinteressata Ceisis, ha già prodotto, rispetto all'A.T.I. Iren, un arresto procedimentale, onde l'accoglimento della censura non recherebbe alla ricorrente alcun ulteriore vantaggio.

Occorre a questo punto prendere in esame i ricorsi incidentali proposti da Ceisis s.p.a. nei confronti del R.T.I. Ardea (R.G. 221/2017) e dell'A.T.I. Iren (R.G. 223/2017), ricorsi che sono entrambi fondati.

Quanto al ricorso incidentale proposto nei confronti del R.T.I. Ardea (R.G. 221/2017), sono fondati il secondo ed il terzo motivo: da un lato, dalla relazione conclusiva 24.2.2017 (paragrafo 4 - valutazione di sostenibilità economico-finanziaria value for money e trasferimento dei rischi, p. 12) risulta che il calcolo di value for money della proposta del R.T.I. Ardea espone un valore negativo (2° motivo); dall'altro, dall'allegato C (verifica check-list R.T.I. Ardea) risulta "non raggiunto" l'obiettivo di cui al punto 8.3 della check-list, concernente i calcoli del flusso di cassa annuo generato dalla stima del risparmio economico sulla riduzione dei consumi energetici e il risparmio sulla riduzione del costo di manutenzione per la sola mancata sostituzione delle lampade.

Quanto al ricorso incidentale proposto da Ceisis nei confronti dell'A.T.I. Iren (R.G. 223/2017), è fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso.

Dalla relazione conclusiva 24.2.2017 (paragrafo 3.2 - qualità tecnica) e dal relativo allegato B.3 elaborati, all'esito della fase di valutazione delle quattro proposte, dal dirigente Energy Manager del Comune di Genova ed allegati alla determinazione dirigenziale n. 2017-270.2.0-6, risulta che la relazione tecnica a corredo della proposta della A.T.I. Iren non indicherebbe alcun prodotto specifico relativamente ai corpi illuminanti offerti, ciò che ha reso impossibile l'accertamento della rispondenza della proposta ai punti da 3.1 a 3.9 della check-list.

Trattasi, in entrambi i casi, di inadeguatezza e/o indeterminatezza delle proposte dei raggruppamenti Ardea ed Iren su elementi essenziali dell'intervento, come

individuati nel documento descrittivo appositamente predisposto dall'amministrazione (check-list).

Da ultimo, dev'essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dal R.T.I. Ardea nell'ambito del ricorso R.G. 223/2017: come già visto in relazione al ricorso principale R.G. 221/2017, poiché la determinazione dirigenziale 24.2.2017, n. 2017-270.2.0.-6, ha già prodotto, rispetto all'A.T.I. Iren, un arresto procedimentale, l'accoglimento delle relative domande non arrecherebbe alla ricorrente incidentale alcun ulteriore vantaggio.

In conclusione:

- quanto al ricorso R.G. 221/2017, debbono accogliersi sia il ricorso principale ed il secondo atto di motivi aggiunti del R.T.I. Ardea, sia il ricorso incidentale di Ceisis s.p.a.;
- quanto al ricorso R.G. 223/2017, debbono accogliersi sia il ricorso principale ed il secondo atto di motivi aggiunti della A.T.I. Iren, sia il ricorso incidentale di Ceisis s.p.a..

Per l'effetto debbono essere annullate la determinazione del Dirigente dell'Area Tecnica - Struttura di staff Energy Manager n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017 e la deliberazione di giunta comunale 24.5.2017, n. 120.

Stante il carattere di assoluta novità della questione trattata, sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui riuniti ricorsi, come in epigrafe proposti,

Quanto al ricorso R.G. 221/2017:

accoglie il ricorso principale, il secondo atto di motivi aggiunti del R.T.I. Ardea ed il ricorso incidentale di Ceisis s.p.a.;

quanto al ricorso R.G. 223/2017:

accoglie il ricorso principale, il secondo atto di motivi aggiunti della A.T.I. Iren ed

il ricorso incidentale di Ceisis s.p.a..

Per l'effetto, annulla la determinazione del Dirigente dell'Area Tecnica - Struttura di staff Energy Manager n. 2017-270.2.0- del 24 febbraio 2017 e la deliberazione di giunta comunale 24.5.2017, n. 120.

Spese compensate.

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

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

Paolo Peruggia, Presidente FF

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Angelo Vitali

IL PRESIDENTE

Paolo Peruggia

IL SEGRETARIO