

## **TAR Lombardia, sede di Milano, sez. I, 21 aprile 2010, n. 1111**

Nel project financing la procedura di scelta del promotore, pur dovendosi articolare come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, ma è caratterizzata da un altissimo livello di discrezionalità da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice la quale, dopo aver valutato le proposte presentate, provvede ad individuare quella che ritiene di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne di carattere economico e tecnico, sindacabili in sede giurisdizionale solo sotto il profilo della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e degli errori di fatto. Tale valutazione è connotata da un carattere informale e discrezionale, non richiedendosi un' analitica motivazione articolata per ciascuno dei profili indicati, essendo invece sufficiente una valutazione unitaria e globale che di essi comunque tenga conto.

### **Testo della sentenza:**

#### **FATTO**

Con avviso pubblicato in data 10.04.2006 il Comune resistente rendeva noto che nel proprio programma triennale dei lavori pubblici era inserito un intervento, da realizzare con capitali privati, in materia di "opere di adeguamento degli impianti elettrici di illuminazione votiva e relativa gestione". In particolare, il predetto avviso, segnalava che la valutazione comparativa delle diverse proposte sarebbe avvenuta sulla base dei seguenti criteri:

- caratteristiche tecniche e metodologia d'intervento delle opere, sia di adeguamento che di ampliamento;
- costo complessivo e tempi di esecuzione delle opere di adeguamento;
- costo di gestione e manutenzione;
- tariffe da applicare, metodologia di aggiornamento delle stesse, e modalità di riscossione;
- durata della concessione.

Con delibera n. 154 del 14.09.2006, la proposta della Epis Francesco S.n.c. veniva individuata come "avente maggior interesse pubblico rispetto alle proposte presentate".

In data 02.11.2006 veniva avviata la procedura di gara per l'affidamento della concessione.

Con il ricorso principale veniva impugnato sia l'avviso del 10.04.2006 e la delibera n. 154/06 (motivi I e II), sia il bando di gara del 02.11.2006 (motivi III e IV).

Con ordinanza cautelare n. 2299 del 06.12.2006, il Tribunale respingeva la domanda di sospensione rivolta avverso l'avviso del 10.04.2006 e la delibera n. 154/06, mentre accoglieva quella rivolta avverso il bando del 02.11.2006.

Con determinazione n. 975 del 20.12.2006, il Comune resistente indicava una nuova procedura per l'individuazione dei soggetti partecipanti alla successiva procedura negoziata, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, pubblicando nella stessa data un nuovo bando.

Con determinazione n. 462 in data 27.06.2007 venivano approvate le risultanze delle operazioni di gara di cui alla predetta procedura ristretta.

Con determina n. 55 del 13.07.2007 si procedeva a bandire una procedura negoziata, da svolgere tra il promotore e l'unico soggetto presentatore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determinazione n. 539 del 13.08.2007, veniva disposta l'aggiudicazione, in favore dell'attuale controinteressata.

Nei confronti del nuovo bando (del 20.12.2006), e dei relativi atti di aggiudicazione della procedura indetta successivamente all'ordinanza cautelare del T.A.R., venivano proposti motivi aggiunti, riproponendo i medesimi profili già formulati con il gravame principale, che renderebbero illegittimi, in via derivata, gli atti successivamente emanati.

#### **DIRITTO**

Deve preliminarmente scrutinarsi l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti, sollevata dalla difesa comunale.

In ottemperanza all'ordinanza cautelare del T.A.R., il Comune avrebbe avviato una nuova procedura, interamente sostitutiva della precedente, da cui l'inammissibilità dei motivi aggiunti, che si limiterebbero a richiamare pedissequamente le doglianze già proposte nel ricorso originario, senza proporre alcun specifico motivo di censura avverso la nuova procedura.

L'eccezione è in parte fondata ed in parte infondata.

Il ricorso principale era articolato in due parti; i primi due motivi erano rivolti nei confronti dell'avviso del 10.04.2006 e della delibera n. 154/06, gli ultimi due nei confronti del bando di gara del 02.11.2006. L'ordinanza cautelare n. 2299 del 06.12.2006 riteneva sprovvisti di fumus i primi due motivi, con ciò negando la sospensione dell'avviso del 10.04.2006 e della delibera n. 154/04. Per contro, veniva sospeso il bando del 02.11.2006, che conseguentemente l'Amministrazione provvedeva a ripubblicare in data 20.12.2006, emendato dalle violazioni contestate nel ricorso. Il bando impugnato con i motivi terzo e quarto del ricorso principale, tacciato di illegittimità per la mancata applicazione delle nuove disposizioni di cui al D.Lgs. n. 163/06, è stato sostituito da un bando successivo (datato 20.12.2006), applicativo delle norme di cui al D.Lgs. cit. Alla luce di quanto precede, deve accogliersi l'eccezione di inammissibilità, con riferimento al motivo terzo e quarto del

ricorso principale, e dei motivi aggiunti in parte qua, che divengono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse. Permane invece un interesse del ricorrente allo scrutinio dei primi due motivi di ricorso, nella parte in cui lamentano l'illegittima individuazione della proposta dell'odierna controinteressata, quale "avente maggior interesse pubblico".

Con il primo motivo la ricorrente sostiene come, sulla base di quanto disposto nell'art. 37-ter L. n. 109/94 vigente all'epoca dei fatti per cui è causa, l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una valutazione delle proposte articolata in due momenti, una preliminare fase di valutazione propriamente tecnica, ed una successiva più propriamente discrezionale della rispondenza delle proposte già ritenute tecnicamente valide al pubblico interesse. A fronte dei cinque criteri di valutazione indicati nel bando di gara, la Commissione avrebbe dovuto attribuire pesi ponderali a ciascuno dei criteri, e successivamente comparare tutte le proposte sulla base degli stessi. La Commissione non solo non avrebbe attribuito alcun peso specifico ad ogni criterio, con ciò rendendo impossibile una valutazione comparativa, ma avrebbe altresì attribuito rilevanza decisiva ad elementi non indicati (rendimento del piano economico-finanziario, contenuto dello schema di convenzione), omettendo la valutazione su parametri, invece espressamente indicati nell'avviso (durata della concessione).

Con il secondo motivo il ricorrente contesta sostanzialmente la contraddittorietà ed il difetto di motivazione dell'operato della commissione, sotto diversi profili. Irragionevolmente la Commissione avrebbe attribuito la preferenza al progetto della controinteressata, nonostante questo abbia indicato un termine di durata della concessione di 24 anni, a fronte dei 29, proposti dall'attuale ricorrente. Analoghe considerazioni possono essere espresse con riferimento al termine proposto per la durata della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, in cui i termini presentati dalla ricorrente sono più ridotti di quelli necessari alla controinteressata, e rispetto all'incentivo di cui all'art. 18 L. n. 109/94.

Il ricorso è infondato nel merito, potendosi prescindere dall'ulteriore eccezione preliminare di tardività.

L'avviso impugnato prevedeva che l'Amministrazione avrebbe effettuato una valutazione comparativa tra le diverse proposte presentate, sulla base di cinque criteri, espressamente enunciati, e richiamati dalla Commissione giudicatrice a fondamento della propria attività valutativa (v. punti da 2 a 6). Fermo restando quanto precede, nel "project financing", la procedura di scelta del promotore, pur dovendosi articolare come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara (T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 23 aprile 2008 n. 1552). La procedura di scelta del promotore è caratterizzata da un altissimo livello di discrezionalità da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice la quale, dopo aver valutato le proposte presentate, provvede ad individuare quella che ritiene di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne di carattere economico e tecnico, sindacabili in sede giurisdizionale solo sotto il profilo della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e degli errori di fatto (Consiglio Stato, Sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741). La valutazione "de qua" è connotata da un carattere informale e discrezionale, non richiedendosi un' analitica motivazione articolata per ciascuno dei profili indicati, essendo invece sufficiente una valutazione unitaria e globale che di essi comunque tenga conto (T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 05 aprile 2006, n. 1117).

Il ricorso va in parte dichiarato inammissibile, e in parte accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese tra le parti, in ragione del complessivo andamento della causa

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Lombardia – Sezione Prima –dichiara il ricorso in parte inammissibile e in parte lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14/04/2010

<http://www.consultalex.it/content/giurisprudenza/tar-lombardia-sede-di-milano-sez-i-21-aprile-2010-n-1111>