Pubblicato il 19/06/2019

N. 04186/2019REG.PROV.COLL.

N. 03030/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3030 del 2018, proposto da

Saie s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Libertà, n. 13;

contro

Comune di Pavia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, n. 142;

nei confronti

R.T.I. Eco Fly s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuzza, con domicilio digitale

come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Martinez in Roma, via Alessandria, n.130;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Quarta, n. 00141/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pavia e del R.T.I. Eco Fly s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, in dichiarata delega di Napoli, Ferrari e Martinez;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La SAIE s.r.l., società operativa nell'ambito dei servizi cimiteriali, ha interposto appello nei confronti della sentenza 18 gennaio 2018, n. 141 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. IV, che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso la *lex specialis* (bando, disciplinare e documentazione progettuale) della gara indetta dal Comune di Pavia per l'affidamento in concessione del servizio di cremazione, nonché la deliberazione di Giunta n. 149 del 21 luglio 2016, con cui è stato nominato promotore dell'iniziativa il R.T.I. Eco Fly s.r.l.

1.1. Nell'arco temporale tra il 2014 ed il 2016 erano pervenute al Comune di Pavia quattro proposte di *project financing* aventi ad oggetto la ristrutturazione completa e l'affidamento in concessione del centro crematorio comunale.

Con deliberazione di G.C. n. 149 in data 21 luglio 2016 era stata dichiarata la fattibilità della proposta di *project* presentata dal R.T.I. Eco Fly il 20 novembre 2014, seppure in assenza di approvazione da parte del Consiglio comunale; con il bando pubblicato in G.U. il 2 dicembre 2016, oggetto del presente gravame, il Comune aveva indetto la gara per l'attività di "ristrutturazione, fornitura, installazione dei forni e gestione dell'impianto di cremazione da svolgere presso il cimitero di Pavia ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016", per un investimento pari ad euro 1.329.500,00 e per una durata prevista della concessione di trenta anni, ponendo a base di detta gara la proposta di *project* presentata dal R.T.I., nominato promotore con la predetta delibera di Giunta n. 149 del 2016.

1.2. Con il ricorso in primo grado la SAIE s.r.l. ha impugnato gli atti di indizione della gara nonché la presupposta delibera n. 149 del 2016 (di dichiarazione di fattibilità e nomina del promotore), deducendo vizi di violazione di legge e di eccesso di potere, nella considerazione che il progetto posto a base di gara non era stato previamente inserito in alcuno strumento di programmazione approvato dal Consiglio comunale e che difettava altresì di alcuni elaborati asseritamente necessari; nelle more aveva comunque presentato la propria offerta, risultando seconda nella graduatoria provvisoria.

2. - La sentenza appellata ha dichiarato il ricorso inammissibile in ragione della tardiva impugnazione della deliberazione di G.C. n. 149 del 21 luglio 2016, con la quale l'ente locale aveva individuato il R.T.I. controinteressato come promotore dell'iniziativa, ponendo poi la sua proposta progettuale a base della gara. Le scelte contenute nella deliberazione, attenendo non solo alla nomina del promotore, ma anche ai suoi contenuti, erano di per sè lesive, ragione per cui ne occorreva l'immediata impugnazione, non congiunta alla differita contestazione della *lex specialis* di gara relativa alla scelta del concessionario. Ha rilevato la sentenza che la circostanza per cui «*la ricorrente non deduca vizi direttamente riferibili alla lex specialis*

impugnata, ma a provvedimenti diversi, immediatamente lesivi, anche se prodromici alla gara contestata, rende inammissibile il ricorso per carenza di interesse».

3.- Con il ricorso in appello la SAIE s.r.l. ha dedotto l'erroneità della pronuncia di inammissibilità nell'assunto che l'interesse ad impugnare la scelta del promotore, e cioè l'esito conclusivo della prima fase del *project*, riguarda solamente gli operatori che hanno concorso per diventare promotori e non anche la SAIE che non ha partecipato alla procedura di scelta del promotore e che contesta gli atti posti a base della gara. Nel merito ha reiterato i motivi svolti in primo grado, incentrati sulla violazione degli artt. 183, comma 15, e 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, sui vizi di incompetenza e difetto di istruttoria, sull'eccesso di potere, nell'assunto che la proposta del promotore doveva essere valutata dall'Amministrazione inserendo il progetto di fattibilità negli strumenti di programmazione approvati, lamentando come, al contrario, nella fattispecie controversa la proposta di finanza di progetto del raggruppamento Eco Fly sia stata posta a base di gara senza previo inserimento del progetto di fattibilità negli strumenti di programmazione economica del Comune, nonché l'illegittimità della procedura viziata dall'assenza, nella documentazione tecnico progettuale posta a base di gara, di una parte essenziale degli elaborati grafici e descrittivi prescritti dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dalle altre disposizioni alle quali la predetta norma fa rinvio.

4. - Si sono costituiti in resistenza il R.T.I. Eco Fly s.r.l. ed il Comune di Pavia eccependo l'improcedibilità (essendo sopravvenuta l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. Eco Fly in data 26 ottobre 2019) e comunque l'infondatezza nel merito dell'appello; l'amministrazione comunale ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso introduttivo sollevata in primo grado.

5. - All'udienza pubblica del 15 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Occorre preliminarmente farsi carico dell'eccezione di improcedibilità del ricorso in appello svolta dalle parti resistenti nella considerazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva, con determinazione dirigenziale n. 1670 in data 26 ottobre 2019, in favore del R.T.I. Eco Fly s.r.l.

L'eccezione è infondata, anzitutto per l'assorbente considerazione che, al momento dell'udienza di trattazione, l'aggiudicazione definitiva, comunicata il 29 ottobre 2019, era ancora suscettibile di utile impugnazione.

In ogni caso, deve aggiungersi che, secondo la giurisprudenza prevalente, allorchè si impugni la *lex specialis* di gara contestando vizi di sistema (nella specie, il mancato inserimento del progetto a base di gara negli strumenti di programmazione comunale, nonché l'incompetenza della Giunta comunale ad approvare il progetto) e non singoli atti prodromici rispetto all'aggiudicazione, la parte può ritenersi esonerata dall'impugnare anche l'aggiudicazione definitiva, posto che il vizio, avendo portata generale, ha effetto caducante e non enuclea solamente un'ipotesi di illegittimità derivata viziante (in termini Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 617).

2. Il primo motivo di appello deduce l'erroneità della pronuncia declaratoria dell'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse nell'assunto che non occorresse l'immediata impugnativa della delibera di G.C. n. 149 in data 21 luglio 2016, di scelta del promotore e di individuazione del progetto posto a base di gara, potendo il progetto essere contestato unitamente all'indizione della gara da parte di un soggetto, quale la società SAIE, che non ha partecipato alla procedura di scelta del promotore, e che pertanto ha avuto conoscenza dei vizi e delle lacune progettuali solo al momento della pubblicazione degli atti di gara.

Il motivo è fondato.

La sentenza ha ritenuto che, non avendo SAIE presentato una proposta, è rimasta estranea alla prima fase della selezione e non ha dunque neppure interesse a censurare la scelta del promotore e del progetto poi posto a base di gara; anche quest'ultimo è da intendersi inoppugnabile, in quanto la scelta del promotore non ha rilevanza di per sé ma solo in dipendenza del progetto di cui è portatore.

L'ordito motivazionale non è persuasivo, come del resto dimostra l'interpretazione estensiva del precedente di cui alla sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 2012, n. 1, nella quale è affermato, al riguardo, solamente 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 ed un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti. Tale atto è lesivo e deve dunque essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione.

L'onere di impugnazione, a pena di decadenza, dell'atto di scelta del promotore riguarda dunque i soggetti che abbiano presentato proposte concorrenti in relazione all'opera pubblica, partecipando alla prima fase di selezione, ma non può estendersi alla successiva gara ed in particolare ai soggetti, come l'appellante, che alla stessa hanno partecipato, ma non anche alla selezione del promotore. Per tali soggetti non esiste una preclusione processuale, che violerebbe anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale, implicante quanto meno la conoscenza degli atti amministrativi di cui si allega l'illegittimità.

Diversamente opinando, ed in particolare seguendo l'assunto della società Eco Fly, si avrebbe, testualmente, che l'impresa che non ha partecipato alla fase di scelta del promotore si verrebbe a trovare nella stessa posizione di un operatore che voglia contestare l'aggiudicazione di una procedura di gara senza avervi partecipato. Si

tratta, in realtà, di un argomento che prova troppo, in quanto il soggetto che concorre per la concessione è in una situazione diversa dal *quisque de populo*, sì che non può essergli preclusa la contestazione del progetto del promotore posto a base di gara (situazione, questa, che costituisce mera evenienza, atteso che in tema di finanza di progetto, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato ed individuato il promotore, l'Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, con il corollario che anche dopo l'approvazione della proposta non sorge un distinto, speciale ed autonomo rapporto precontrattuale a che l'amministrazione dia poi corso alla procedura di finanza di progetto : Cons. Stato, V, 23 novembre 2018, n. 6633). Ed infatti la procedura di *project financing* individua due serie procedimentali, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse, l'altra di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità (quest'ultima a sua volta distinta in due subfasi, la prima di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e l'altra conseguente all'eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione); si tratta di fasi strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale. Nonostante la complessità della fattispecie non può postularsi l'incontestabilità del progetto da parte del concorrente alla seconda fase, a pena di privare di uno *standard* minimo di concorrenzialità la seconda fase del procedimento, e dunque di astratta appetibilità la concessione.

3. - L'accoglimento del primo motivo di appello comporta la riforma della pronuncia di primo grado declaratoria dell'inammissibilità del ricorso, con conseguente necessità di scrutinio dei motivi svolti in primo grado dalla società SAIE.

3.1. - In particolare, il primo motivo riproposto in appello deduce la violazione degli artt. 183, comma 15, e 21, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'assunto che

il progetto di fattibilità è stato posto a base di gara senza previo inserimento negli strumenti di programmazione economica approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice (piano triennale delle opere pubbliche 2016/2018 e documento unico di programmazione 2016/2018), in particolare dal Consiglio comunale ai sensi dell'art. 42 del t.u.e.l.; ad avviso dell'appellante si tratta di concessione di lavori, ma, anche a ravvisare una concessione mista di lavori e servizi, il discorso non cambierebbe in quanto l'art. 21, comma 1, contempla il piano biennale degli acquisti di beni e servizi.

Il motivo è infondato.

Occorre anzitutto osservare come in realtà sia carente anche l'interesse attuale a tale motivo, in quanto il progetto è stato inserito nel D.U.P. 2017/2020, approvato, unitamente al bilancio di previsione, con delibera di G.C. 23 febbraio 2017, n. 39 e con delibera consiliare 29 marzo 2017, n. 15, ciò comportando anche l'assunzione dell'inerente impegno di spesa per l'esecuzione del contratto.

Va rilevato peraltro che la delibera di G.C. n. 149 del 21 luglio 2016 (che ha dichiarato la fattibilità della proposta di *project*) è stata adottata in attuazione della delibera consiliare n. 10 del 23 marzo 2016, con cui era stato approvato il bilancio di previsione ed il D.U.P. 2016/2018, espressiva della volontà di prendere in considerazione le proposte presentate dai privati in ordine alla ristrutturazione completa ed all'affidamento in concessione del centro crematorio comunale.

In ogni caso l'invocato art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 non è applicabile alla fattispecie in esame, caratterizzata dall'affidamento di una concessione mista di lavori e servizi con prevalenza di servizi, come si evince dalla delibera di Giunta n. 149 del 2016 ed anche dal disciplinare di gara. La prestazione prevalente, a termini della bozza di convenzione, è costituita dalla gestione del servizio comunale di cremazione, mentre le prestazioni accessorie riguardano la

progettazione esecutiva e l'installazione degli impianti per la sostituzione ed il potenziamento dei forni esistenti.

La giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici (ma estensibile a quello vigente, come è dato desumere dall'art. 169, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016) afferma che qualora l'affidamento contempli l'esecuzione dei lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione dei servizi volti a soddisfare esigenze primarie di rilievo sociale induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture (Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7). Nella fattispecie in esame è difficilmente contestabile che scopo principale dell'amministrazione era quello di esternalizzare la gestione del servizio di cremazione (rispetto alla quale l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dei forni si pone in posizione servente) e l'oggetto principale del contratto è la concessione di servizi, la cui disciplina trova applicazione a norma dell'art. 169, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Se dunque non è applicabile l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50, concernente le concessioni di lavori, del pari non può trovare spazio nella fattispecie l'art. 21, a mente del quale l'adozione di strumenti di programmazione per l'affidamento dei servizi non è stata obbligatoria sino all'approvazione del d.m. previsto al comma 8 della stessa norma, con la conseguenza che, alla data di pubblicazione del bando, la stazione appaltante era legittimamente priva del programma biennale degli acquisti.

L'art. 1, comma 505, della legge n. 208 del 2015, la cui violazione è tardivamente dedotta, è stato poi abrogato con la novella del 2017 al d.lgs. n. 50 del 2016.

4. - Il secondo motivo riproposto contesta l'assenza nel progetto posto a base di gara di alcuni elaborati necessari alla progettazione preliminare alla stregua di quanto disposto, in via principale, dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dall'art. 17, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 (progetto di fattibilità, bozza di convenzione, piano economico-finanziario asseverato).

Il motivo è infondato ed anche parzialmente carente di interesse, avendo la Eco Fly provveduto ad integrare la documentazione di gara con la bozza di convenzione mediante avviso integrativo del 19 gennaio 2017 preceduto da una proroga dei termini per la presentazione delle offerte al 28 febbraio 2017.

A parte quanto già osservato, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile, sulla natura mista della concessione, va comunque rilevato che dalla bozza di convenzione e dalla relazione tecnica sono evincibili le prestazioni rispettivamente richieste per le gestione del centro crematorio e per la ristrutturazione degli inerenti edifici.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello con l'unita domanda risarcitoria va respinto, seppure con diversa motivazione rispetto alla sentenza di prime cure.

La complessità della controversia ed il suo esito integrano le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Stefano Fantini	**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO