

Pubblicato il 07/06/2023

N. 05615/2023 REG.PROV.COLL.
N. 07160/2022 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7160 del 2022, proposto da

Hera Luce s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Trieste, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Fontanelli, Marco Marpillero e Valentina Frezza, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Aldo Fontanelli in Roma, via Emilio de' Cavalieri, 11;

City Green Light s.r.l, non costituita in giudizio;

Edison Next Government s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio

digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Savoia, 31;

nei confronti

Enel X s.r.l., Enel Sole s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sez. I, n. 242 del 2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trieste e della Edison Next Government s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2023 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Lolli, Frezza, Zavitteri in dichiarata delega di Fontanelli, e Terranova per delega di Bruno;

1.-Hera Luce s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 27 maggio 2022, n. 242 del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sez. I, che ha respinto il suo ricorso e i motivi aggiunti avverso la delibera del Consiglio comunale di Trieste n. 22 in data 10 giugno 2021, recante la dichiarazione di fattibilità tecnico economica e di interesse pubblico della proposta di *project financing* pervenuta all'amministrazione da parte di Citelum s.a. (ora, Edison Next Government s.r.l.), concernente la “*concessione della gestione del servizio di illuminazione pubblica della rete semaforica, di assistenza alla viabilità cittadina, dei servizi Smart City e delle luminarie e addobbi natalizi del Comune di Trieste*”.

La società Hera Luce, già gestore del servizio, ha presentato in data 15 maggio 2019 una proposta di finanza di progetto; sono intervenute altre proposte.

All'esito è stata preferita, nell'ambito di questo *project* ad iniziativa privata (*ex* art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016), la proposta di Citelum e quella della società appellante è risultata seconda graduata.

2. - Con il ricorso in primo grado Hera Luce s.r.l., nell'impugnare la delibera consiliare, ne ha dedotto l'illegittimità per i seguenti motivi, esposti in sintesi :

a) violazione dell'art. 183, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, non avendo l'amministrazione concluso il procedimento nel termine, previsto dalla norma, di tre mesi dalla presentazione della proposta; ciò comportava la fuoriuscita dallo schema procedimentale semplificato imponendo l'indizione di una gara. Ne risulterebbe violato il principio di predeterminazione e comunicazione dei criteri di valutazione, e dunque di tutela della *par condicio* e della concorrenza (anche sotto il profilo della mancata garanzia della segretezza delle offerte), nonché il principio di non discriminazione, trasparenza e concorrenza; b) violazione dell'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, richiedente la pubblicazione della relazione prima dell'affidamento di un servizio pubblico; c) violazione del principio di imparzialità e di esperienza nella scelta dei commissari, in assenza di alcuna informazione sulla condizione di conflitto di interessi degli stessi; d) violazione dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 in quanto Citelum non ha presentato il PEF asseverato; e) disparità di trattamento nel corso della procedura, con inviti a migliorare l'offerta a favore dei partecipanti alla procedura diversi da Hera Luce, con un'evidente situazione di asimmetria informativa.

3. - La sentenza appellata, come premesso, dopo avere svolto istruttoria, ha respinto il ricorso nella considerazione anzitutto che il primo segmento del *project financing* ad iniziativa privata, anche in presenza di più proposte, non si connota in termini concorsuali, di vera e propria comparazione, rilevando solamente l'interesse dell'amministrazione ad acquisire le opere o i servizi

proposti, nominando promotore il soggetto che abbia presentato il progetto maggiormente aderente agli interessi dell'ente. Tale fondamentale carattere non viene meno a seguito del decorso del termine trimestrale per l'esame della proposta, per quanto definito perentorio dalla norma (circostanza rilevante ai soli fini dell'esperibilità del ricorso avverso il silenzio). La sentenza ha conseguentemente ritenuto incompatibile con tale natura del *project financing* la necessità di predeterminare in apposito disciplinare puntuali criteri di valutazione delle proposte, pur dando atto che il Comune di Trieste ha comunque predisposto uno schema comparativo fondato su cinque macro-elementi e su una serie di linee guida per la valutazione; allo stesso modo, la segretezza dell'offerta non è compatibile con la natura eventuale della comparazione in questa prima fase del *project* ad iniziativa privata. La pronuncia in esame ha ulteriormente ritenuto inapplicabile alla controversia l'art. 34, comma 20, del d.l. n. 179 del 2012, concernendo detta norma la fase di "affidamento del servizio", come pure generico il motivo sull'eventuale conflitto di interessi dei componenti del "gruppo istruttorio", peraltro non tenuti a rendere le dichiarazioni sostitutive di cui all'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016. Ha escluso altresì la ravvisabilità di una lesione della *par condicio* in relazione alle comunicazioni intervenute tra il Comune e gli altri operatori diversi da Hera Luce, atteso che le stesse sono state finalizzate a riequilibrare l'asimmetria informativa esistente a favore dell'appellante, che da oltre venti anni gestisce il servizio *de quo*.

4. - Con il ricorso in appello la società Hera Luce ha contestato la sentenza di prime cure, sostanzialmente reiterando, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado; ha inoltre chiesto, con successiva memoria, la rimessione alla Corte di giustizia U.E., per il caso di non accoglimento del ricorso (e dunque in subordine), in relazione alla mancata

applicazione dei principi eurounitari (trattato UE sulla concorrenza e non discriminazione, comunicazione UE del 2006) al procedimento, avente natura comparativa, e attributivo di un vantaggio economico (la prelazione), quanto meno una volta decorso il termine perentorio dei tre mesi previsto dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 per la valutazione della fattibilità della proposta. In particolare l'appellante chiede che sia sottoposta, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., alla Corte di giustizia dell'Unione Europea questione pregiudiziale relativa al seguente quesito : *“se l'art. 184, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo”*.

5. - Si sono costituiti in resistenza Citelum Italia s.r.l. e il Comune di Trieste puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

6. - Questa Sezione, con sentenza parziale e non definitiva 26 maggio 2023, n. 5184, ha respinto tutti i motivi di appello, incentrando il proprio *decisum* sulla peculiarità della procedura di *project financing* che, secondo la costante giurisprudenza, enuclea invero due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse e la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità. La seconda serie, più precisamente, è distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione. La fase preliminare di individuazione

del promotore, della quale qui si controverte, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 10 febbraio 2020, n. 1005).

In tale cornice il Collegio ha escluso, proprio in relazione al fondamento di razionalità della fase preliminare di individuazione del promotore, che il mancato rispetto del termine (perentorio) di tre mesi per la valutazione della fattibilità della proposta determini come effetto quello di una maggiore "strutturazione" del procedimento, *ad instar* di un procedimento di gara, anche perché una siffatta "conversione" non ha attinenza con la dichiarata perentorietà del termine.

Il punto fondamentale, ad avviso del Collegio, è che la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare; ciò appare tanto più vero ove si consideri che l'amministrazione, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della concessione (Cons. Stato, V, 23 novembre 2018, n. 6633), non creandosi alcun vincolo per l'amministrazione e, corrispondentemente, enucleandosi una mera aspettativa (non giuridicamente tutelata) in capo al privato, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine alla opportunità di contrattare sulla base della proposta (Cons. Stato, V, 4 febbraio

2019, n. 820).

Ne discende che alla fase di scelta del proponente male si attaglia la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta. Peraltro nella fattispecie controversa risultano individuati criteri, seppure ampi, con il verbale n. 5 del 19 novembre 2019 (si tratta del c.d. *“quadro istruttorio di raffronto per la valutazione comparativa di fattibilità delle proposte di project financing avente ad oggetto la concessione, mediante finanza di progetto, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, per la gestione del servizio di illuminazione pubblica, di assistenza alla viabilità cittadina e di servizi smart a valore aggiunto per il Comune di Trieste”*). Dalla disamina della documentazione versata in atti sembra effettivamente evincibile che i dati, le informazioni e le necessità gestionali che il Comune ha rappresentato agli operatori economici diversi dall'appellante Hera Luce erano a conoscenza anche di quest'ultima e sono presenti nella proposta di *project* dalla stessa formulata in data 16 dicembre 2020, che è stata oggetto di comparazione con le altre proposte.

7. - Ciò premesso, deve riconoscersi che la questione di interpretazione delle norme comunitarie prospettata dall'appellante non è priva del requisito della pertinenza o della rilevanza e non consta essere stata fatta oggetto di precedente interpretazione.

Il giudice nazionale di ultima istanza è dunque obbligato a sollevare la questione di pregiudizialità comunitaria, non ricorrendo con evidenza le eccezioni individuate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la propria giurisprudenza (il riferimento è in particolare alla sentenza 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *Cilfit*, e, più recentemente, alla sentenza 6 ottobre 2021, in causa C-561/19, *Consorzio Italian Management*) riconducibili alle evenienze in cui : a) la questione non sia “pertinente” o “rilevante”; b) la

disposizione eurounitaria di cui è causa abbia già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia; c) non vi siano ragionevoli dubbi sull'interpretazione di una norma eurounitaria.

Con riguardo a questo terzo profilo derogatorio, la Corte di giustizia ha chiarito che *«l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno può astenersi dal sottoporre una questione di interpretazione del diritto dell'Unione e risolverla sotto la propria responsabilità laddove la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio. L'esistenza di una siffatta eventualità deve essere valutata in base alle caratteristiche proprie del diritto dell'Unione, alle difficoltà particolari relative alla sua interpretazione e al rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all'Unione europea»* (così ordinanza 15 dicembre 2022, in causa C-597/21).

8. - Il Collegio, pur essendo dell'avviso che la norma nazionale di cui all'art. 184, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 non violi il diritto UE, e in particolare i principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, ritenendo peraltro che non sussistono i presupposti per derogare all'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale alla decisione della presente controversia rappresentata dalla parte appellante, così formulata : *“se l'art. 184, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo”*.

Ritiene il Collegio di evidenziare che il profilo di marginale criticità sistematica potrebbe, a tutto concedere, essere ravvisato nel fatto che il procedimento di valutazione della fattibilità della proposta si è protratto oltre il termine di tre mesi, qualificato come perentorio dallo stesso art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, bene intendendosi che detto termine è posto a garanzia e dunque in favore del soggetto presentatore della proposta, e non potendosi dunque postulare che il suo inutile decorso determini la decadenza della proposta stessa.

9. - Il Collegio, tenuto conto delle raccomandazioni della Corte 2012/C 338/01 sulla presentazione di domande pregiudiziali, dispone che alla CGUE sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, oltre a copia conforme all'originale della presente ordinanza, copia dell'intero fascicolo di causa, comprensivo della coeva sentenza parziale e non definitiva n. 5184 del 2023.

10. - In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 79, comma 1, cod. proc. amm., va sospeso il presente giudizio, riservando alla sentenza definitiva ogni ulteriore decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, così decide : a) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale di cui in motivazione; b) dispone che la Segreteria della Sezione trasmetta alla predetta Corte copia conforme della presente ordinanza, nonché copia integrale del fascicolo di causa; c) dispone, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la sospensione del presente processo. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis