

Pubblicato il 28/02/2018

N. 00328/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00523/2017 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 523 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Engie Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Michele Guzzo e Alice Volino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Cino Benelli in Firenze, corso Italia 24;

contro

Comune di Massarosa, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Walter Bianculli, domiciliato *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

nei confronti di

Toscana Energia Green s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Carrozza e Andrea Marchetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Claudio Bargellini in Firenze, piazza Indipendenza 10;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Massarosa del 15.2.2017, n. 31 recante “Proposta di efficientamento energetico degli impianti termici di alcuni immobili di proprietà comunale e degli impianti di pubblica illuminazione di proprietà comunale. Valutazione della fattibilità della proposta ai sensi dell'art. 183, comma 15, periodo 5 del d.lgs. n. 50/2016 e di ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quello impugnato;

e, per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 19\5\2017 :

della deliberazione di Giunta comunale n. 107 del 19.4.2017, pubblicata il 3.5.2017 sull'albo pretorio, unitamente all'allegata relazione del dirigente dell'Area Programmazione e Territorio, con la quale la Giunta comunale ha valutato “positivamente la fattibilità della proposta di finanza di progetto presentata dalla Società Toscana Energia Green S.p.A.”, dando atto che il “progetto di fattibilità verrà inserito nel programma triennale delle opere pubbliche e nel bilancio di previsione”, così dichiarando di pubblico interesse la proposta “di efficientamento energetico degli impianti termici di alcuni immobili di proprietà comunale e degli impianti di pubblica illuminazione”, nonché della deliberazione di Giunta comunale n. 103 del 19.4.2017, pubblicata il 3.5.2017 sull'albo pretorio, con la quale la Giunta comunale ha deliberato di “non accogliere la proposta presentata dalla Società Engie Servizi S.p.A.”.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Massarosa e di Toscana Energia Green s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2017 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Engie Servizi s.p.a. impugna, con il ricorso introduttivo del giudizio, la delibera di Giunta del 15 febbraio 2017, n. 31, con la quale il Comune di Massarosa ha valutato positivamente la fattibilità della proposta di *project financing* presentata da Toscana Energia Green s.p.a. (di seguito, T.E.G. s.p.a.) e avente a oggetto l'efficientamento energetico degli impianti termici di alcuni immobili e degli impianti di pubblica illuminazione di proprietà comunale.

La società ricorrente lamenta che il Comune avrebbe provveduto sulla proposta di T.E.G. senza fare alcun cenno alla richiesta di audit energetico inteso alla predisposizione di un progetto di gestione integrata per l'efficientamento energetico di servizi e impianti comunali, da essa presentata l'11 gennaio 2017 e accolta dal Comune stesso con deliberazione in pari data.

1.1. In corso di causa, con motivi aggiunti, il gravame è stato esteso alle sopravvenute deliberazioni di Giunta nn. 103 e 107 del 10 aprile 2017, recanti, rispettivamente, il mancato accoglimento della proposta di gestione integrata presentata da Engie Servizi, e, di contro, la positiva valutazione di fattibilità del *project financing* proposto da T.E.G. s.p.a., contestualmente inserito dal Comune nel programma triennale delle opere pubbliche e nel bilancio di previsione.

1.2. Costituitesi in giudizio l'amministrazione procedente e la controinteressata T.E.G., nella camera di consiglio del 14 giugno 2017 Engie Servizi ha rinunciato alle domande cautelari formulate con il ricorso e con i motivi aggiunti.

1.3. Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 6 dicembre 2017, preceduta dal deposito di documenti, memorie difensive e repliche.

2. In via pregiudiziale, deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione ad agire della società ricorrente, sollevata dalla controinteressata T.E.G..

Che Engie Servizi sia impresa operante nel mercato dei servizi energetici e tecnologici, in possesso dei requisiti per contendere a T.E.G. il ruolo di proponente-promotore relativamente alla gestione integrata dei servizi energetici comunali, può considerarsi dimostrato non tanto e non solo alla luce della documentazione illustrativa dell'attività della ricorrente (in atti e, per inciso, incontestata); quanto dal vaglio operato dal Comune, che ha respinto nel merito la proposta di Engie, senza metterne in dubbio la provenienza da soggetto qualificato (né avverso la delibera n. 103/2017, impugnata da Engie con motivi aggiunti, T.E.G. ha proposto impugnazione incidentale *in parte qua*).

Va invece accolta l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, che la stessa controinteressata e il Comune resistente sollevano nei confronti dell'impugnazione proposta con il ricorso introduttivo del giudizio.

La delibera di Giunta n. 31/2017 presenta, infatti, carattere dichiaratamente interlocutorio, giacché la positiva valutazione di fattibilità del progetto T.E.G., ivi contenuta, è comunque condizionata all'apporto delle modifiche migliorative indicate dall'amministrazione; di modo che la "definitiva approvazione del pubblico interesse relativo alla proposta" – *rectius*: l'approvazione – finisce per essere differita all'esito della presentazione di quelle modifiche, in conformità a quanto stabilito, del resto, dall'art. 183 co. 15 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

3. Resta, nondimeno, da esaminare l'impugnativa proposta con i motivi aggiunti, che investe sia il diniego di accoglimento della proposta di Engie Servizi (delibera di Giunta n. 103/2017), sia l'approvazione della proposta di T.E.G. (delibera n. 107/2017).

All'annullamento del primo sono indirizzati il sesto e il settimo motivo (aggiunti), il cui esame appare logicamente prioritario, giacché un eventuale accoglimento permetterebbe alla ricorrente di conseguire una più ampia soddisfazione delle proprie ragioni.

3.1. Con il sesto motivo, è contestata la motivazione addotta a sostegno del mancato accoglimento della proposta di Engie, assumendosi che il Comune avrebbe fatto uso di tautologiche petizioni di principio, incapaci di evidenziare le concrete ragioni di non rispondenza della proposta medesima all'interesse pubblico. L'irrazionalità della determinazione negativa emergerebbe sin dal pregresso svolgimento procedimentale, caratterizzato dall'assenza di contraddittorio fra le parti e dalla mancata preventiva richiesta, ad opera del Comune, delle modifiche progettuali eventualmente occorrenti per meglio adeguare la proposta alle esigenze dell'amministrazione, nell'ottica di definire consensualmente una soluzione corrispondente all'interesse pubblico. Per questo aspetto, la controinteressata avrebbe goduto di un trattamento ingiustificatamente più favorevole, essendo stata invitata ad apportare modifiche e a fornire chiarimenti ai fini della dichiarazione di pubblico interesse della proposta.

In ogni caso, dall'esame dei provvedimenti impugnati, non sarebbe dato comprendere le ragioni della preferenza manifestata dal Comune per la proposta T.E.G., né sarebbero condivisibili, in assoluto, le motivazioni poste a sostegno dell'esclusione della proposta di Engie, sia sotto il profilo della corretta allocazione dei rischi, sia sotto il profilo della sua presunta antieconomicità.

Con il settimo motivo, la società ricorrente lamenta quindi la violazione dell'art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, per non avere il Comune provveduto a comunicare il preavviso di rigetto, istituto di partecipazione da attivarsi doverosamente a fronte di qualsivoglia procedimento attivato a istanza di parte, ivi compresa la presentazione di proposte di *project financing*.

Replicano le difese resistenti che il mancato accoglimento della proposta di Engie Servizi sarebbe tutt'altro che immotivato, al punto che la stessa società ricorrente si sarebbe trovata a confutare nel merito le valutazioni del Comune ad essa contrarie, senza peraltro cogliere nel segno.

Alla ricorrente si rimprovera poi di non avere correttamente qualificato il vizio dal quale sarebbe affetta la deliberazione n. 103/2017, e, comunque, di non aver colto la reale portata della previsione di cui all'art. 183 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016, che non porrebbe a carico delle stazioni appaltanti alcun obbligo di procedere a interlocuzione o negoziazione con i proponenti, tantomeno in presenza di proposte – come quella di Engie – necessitanti di un vero e proprio stravolgimento sostanziale per potersi conformare al pubblico interesse. Né, per l'ipotesi di più proposte pendenti contemporaneamente, l'amministrazione sarebbe comunque obbligata a concludere ciascun procedimento quale condizione necessaria per l'eventuale nomina del promotore.

Quanto alla pretesa violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, sostengono le parti resistenti che la disposizione, inapplicabile alle procedure concorsuali, neppure si applicherebbe alla scelta del promotore nel *project financing*, sottoposta alla disciplina speciale sua propria dal già citato art. 183 co. 15 d.lgs. n. 50/2016.

3.1.1. Le censure sono infondate.

L'impugnata deliberazione di Giunta n. 103/2017 motiva il mancato accoglimento della proposta di *project financing* presentata dalla odierna ricorrente mediante rinvio alla relazione del Dirigente dell'Area Programmazione del Territorio, della quale riporta ampi stralci – i più significativi – attestanti, innanzitutto, l'incerta allocazione del rischio operativo.

Ad avviso del Comune, mancherebbero al riguardo chiare indicazioni ad opera del proponente, fermo restando che alcuni aspetti della proposta sembrerebbero deporre nel senso di un'allocazione del rischio di costruzione almeno in parte a carico dell'amministrazione, stante la previsione, nel canone pattuito in favore dell'operatore privato, di una quota investimenti destinata a remunerare gli interventi di efficientamento eseguiti, ovvero i costi della gestione, indipendentemente dai risultati ottenuti. Analogamente a dirsi per il

rischio di disponibilità, non risultando dalla proposta chiaramente allocato in capo al proponente il rischio legato alla capacità di erogare le prestazioni contrattuali secondo i volumi e gli standard di qualità proposti.

Ancora, la proposta di Engie Servizi non risulterebbe economicamente vantaggiosa, in quanto l'ammontare complessivo dei costi a carico del Comune (canone per i servizi offerti e costi residui) non produrrebbe un risultato apprezzabile rispetto alla spesa storica sostenuta, tenuto anche conto del fatto che il canone non sarebbe comprensivo degli interventi di manutenzione straordinaria.

La scelta del proponente di intestare a sé le forniture relative agli impianti oggetto della proposta impedirebbe altresì all'amministrazione di monitorare costantemente i prezzi di mercato a fini di contenimento della spesa.

Come si vede, i rilievi svolti nel provvedimento impugnato – mutuati dalla relazione che, di quest'ultimo costituisce ad ogni buon conto parte integrante – afferiscono ai contenuti della proposta, evidenziandone le diverse criticità rispetto alla effettiva convenienza dell'operazione per l'ente pubblico. Ne risulta smentito, in primo luogo, l'assunto della ricorrente secondo cui il rigetto della proposta sarebbe sfornito di supporto motivazionale idoneo a far emergere le ragioni della scelta operata dal Comune.

La verifica giudiziale va dunque condotta sulla correttezza sostanziale dei rilievi, cui la ricorrente oppone:

- che essa avrebbe gestito in totale autonomia il parco illuminante e, ove non avesse raggiunto l'efficientamento del 61,15%, il rischio sarebbe stato a suo totale carico, come descritto nella relazione “servizi migliorativi” allegata alla proposta;
- che, analogamente, anche il rischio di gestione del servizio energia sarebbe rimasto a carico di Engie, ove non fosse stata raggiunta la prevista soglia di efficientamento del 22%;
- che, per inciso, la proposta di T.E.G. avrebbe garantito percentuali di risparmio di molto inferiori (rispettivamente il 51,69% per il servizio elettrico

e il 21,69% per quello termico);

- che, ai sensi dell'art. 7.2. della bozza di convenzione allegata alla proposta, essa avrebbe anche assunto l'obbligo di mantenere in buono stato tutti gli impianti con una gestione *full risk* per l'intera durata della concessione, ed avrebbe anche assunto il rischio di raggiungimento e mantenimento dei minimi normativi per la pubblica illuminazione "a punto luce" e "a ore comfort" per il servizio energia;

- che, quanto alla presunta antieconomicità della proposta, il Comune non avrebbe considerato una serie di elementi, a partire dal fatto che Engie aveva previsto, in aggiunta a un risparmio annuo di 3.000,00 euro sulla spesa storica, un'anticipazione dello sconto pari a 106.000,00 euro e una quota investimenti per attività di efficientamento pari a 110.000,00 euro sfruttabili durante l'intero arco di durata della concessione, per un risparmio totale di 261.000,00, corrispondente al 4% annuo rispetto allo storico;

- che la scelta di intestare a sé le fatture delle forniture energetiche aveva la sola finalità di agevolare il Comune nella gestione del servizio, trattandosi comunque di un elemento non caratterizzante la proposta e certamente rinegoziabile;

- che, ove il Comune avesse svolto un'adeguata istruttoria, avrebbe potuto verificare che le spese per gli interventi di manutenzione straordinaria erano compresi fra i costi a carico del gestore privato.

Contrariamente a quanto affermato da Engie, il paragrafo 5 della relazione "Servizi migliorativi pubblica illuminazione" si limita ad attestare il conseguimento di un efficientamento pari al 61,15%, così come il paragrafo 6 della omologa relazione inerente le centrali termiche indica nel 22% il valore dell'efficientamento; e in nessuno dei documenti che compongono l'offerta sono disciplinate le conseguenze del mancato raggiungimento dei livelli di efficientamento promessi, e la ripartizione dei rischi connessi. Per altro verso, la bozza di convenzione predisposta dalla ricorrente prevede che il canone annuo a carico del Comune sia composto anche da una quota fissa per

l'ammortamento dei lavori di riqualificazione ed efficienza energetica degli impianti, configurandosi perciò un meccanismo che garantisce al gestore l'automatico recupero dei costi sostenuti per i lavori, a prescindere dall'effettivo conseguimento dei prefigurati obiettivi di risparmio energetico.

In definitiva, la proposta di Engie Servizi non soltanto non offre sufficienti garanzie al Comune in ordine alla allocazione del rischio operativo del rapporto concessorio, ma sembra prevederne l'inammissibile traslazione sull'amministrazione concedente. Mentre è noto che, nel disegno recepito dal d.lgs. n. 50/2016, l'assunzione del rischio operativo in capo al concessionario – ovvero alla parte privata del contratto di partenariato pubblico-privato (PPP) – costituisce elemento qualificante il rapporto concessorio, che si caratterizza appunto per l'esposizione del concessionario alle fluttuazioni del mercato *“tale per cui ogni potenziale perdita subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile”* (cfr. l'art. 3 lett. uu), vv), zz) e l'art. 165 co. 1 del d.lgs. n. 50/2016 cit.); e che comporta *“il conseguimento di un equilibrio patrimoniale solo all'esito di un non breve periodo di gestione del servizio pubblico, per sua natura esposto ad eventi negativi, ma pur tuttavia normali e prevedibili”* (così Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653).

Né a diverse conclusioni induce la previsione di cui all'invocato art. 7.2. della bozza di convenzione, ove si stabilisce che il concessionario si obbliga a garantire l'effettiva disponibilità degli impianti attraverso la gestione dei servizi nel rispetto delle performance qualitative e quantitative indicate nel progetto di fattibilità, nonché a prestare la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti in modo da garantirne il regolare funzionamento per l'intera durata della gestione. Che l'eventuale inadempimento delle obbligazioni assunte dal concessionario possa dare luogo all'irrogazione di penali, e, nei casi più gravi, alla risoluzione del rapporto (artt. 21 e 10.1 della bozza di convenzione), non toglie che esso operi su un piano affatto diverso dalla allocazione del rischio, la quale si esprime invece nel fisiologico svolgimento del rapporto, e attiene alla proficuità (o meno) della gestione e

alla distribuzione delle ricadute – sulla parte pubblica o sulla parte privata – degli eventi idonei a rendere la gestione medesima antieconomica.

Il medesimo art. 7.2. della bozza di convenzione, nella parte in cui distingue fra interventi di manutenzione straordinaria “a canone” e “a corpo o misura”, questi ultimi da contabilizzare a seguito di apposito preventivo, implica un ulteriore profilo di rischio operativo a carico del Comune.

Quanto alla convenienza della proposta di Engie, il canone iniziale da questa offerto è pari a 427.366,50 euro (oltre I.V.A.), che rappresenta l'importo stimato dalla ricorrente per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intera operazione.

Detto importo – destinato a crescere per ciascun anno di durata del rapporto concessorio, fino a raggiungere il valore di 514.000,00 al sedicesimo anno (si veda al riguardo il PEF di Engie Servizi, in atti) – è stato giudicato dal Comune insoddisfacente, rispetto alla spesa storica annua sostenuta per la gestione degli impianti.

Il risparmio di 3.000,00 euro annui sulla spesa storica, allegato da Engie, è in effetti largamente inferiore a quello garantito da T.E.G., e tale rimane anche a voler seguire il ragionamento della ricorrente, secondo cui ad esso dovrebbero aggiungersi gli ulteriori risparmi connessi all'anticipazione di sconto pari a 106.000,00 euro e alla quota per investimenti messa a disposizione del Comune per ulteriori 110.000,00 euro (stando a quanto risulta dalla deliberazione n. 107/2017, incontestata sul punto, la proposta di T.E.G. comporta risparmi sullo storico per circa 60.000,00 euro annui).

Si consideri, inoltre, che il canone stimato dalla ricorrente non è comprensivo degli oneri relativi all'acquisto e alla gestione degli impianti attualmente di proprietà della società Enel Sole, che pure sono inclusi nella spesa storica del Comune e che l'art. 9.5.4 della bozza di convenzione predisposta da Engie pone, se del caso, a carico dell'amministrazione concedente.

3.1.2. Ammesso, allora, che l'intestazione delle forniture in capo al concessionario, anziché al Comune, rappresenti un elemento negoziabile della

proposta di Engie, questa contiene dunque una serie di incongruenze relativamente a fattori decisivi. Basti pensare che soltanto la qualificazione in termini di partenariato pubblico privato contrattuale, con un chiaro trasferimento del rischio operativo in capo alla parte privata, permette di considerare l'operazione *off balance* a fini contabili, secondo i noti criteri Eurostat (art. 3 lett. eee) del d.lgs. n. 50/2016).

L'esistenza di criticità è, di fatto, riconosciuta dalla stessa Engie, laddove afferma che un'articolata richiesta da parte del Comune “avrebbe permesso alla proponente di valutare se risolvere le incoerenze evidenziate, attesa la disponibilità, costantemente manifestata, a realizzare il progetto” (si veda la memoria di replica *ex art. 73 co. 3 c.p.a.*).

La questione ancora da affrontare attiene, dunque, alla pretesa disparità di trattamento della quale sarebbe rimasta vittima la ricorrente, non invitata – a differenza di quanto accaduto per T.E.G. – ad apportare modifiche alla propria proposta, in modo da adeguarla alle esigenze del Comune.

Al riguardo, si ricorda che, ai sensi dell'art. 183 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016, l'amministrazione destinataria della proposta di *project financing* proveniente da un operatore economico “*valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta*”, e, a tal fine “*può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione*”.

La richiesta di integrazioni o modifiche forma pertanto oggetto di una facoltà discrezionale, il cui esercizio è soggetto alle consuete regole dell'azione amministrativa. E se è vero che la norma citata non disciplina espressamente una procedura di valutazione comparativa, non può negarsi che – proprio in forza di quelle regole – la contemporanea pendenza di più proposte afferenti al medesimo oggetto, da parte di operatori diversi, onera l'amministrazione che ne sia destinataria a riservare a ciascuna di esse pari considerazione, in sede di verifica della fattibilità.

Tale onere non limita, tuttavia, la possibilità per l'amministrazione di modulare diversamente l'istruttoria, avuto riguardo, di volta in volta, alla

qualità dei proponenti e/o al contenuto e al grado di approfondimento delle proposte ricevute, nei limiti della ragionevolezza e della non contraddittorietà. Nella specie, la ricorrente lamenta di non essere stata messa in condizione di perfezionare la propria offerta, ciò che invece sarebbe stato consentito alla controinteressata. Ma trascura che la proposta di T.E.G. sin dal primo vaglio (deliberazione di Giunta n. 31/2017) era stata giudicata positivamente sotto il profilo economico-finanziario dell'allocazione dei rischi e della convenienza, salvo avere il Comune subordinato l'approvazione definitiva all'acquisizione dei punti luce di proprietà di altro soggetto (Enel Sole).

La proposta di Engie Servizi, di contro, presenta carenze sostanziali in ordine ad aspetti determinanti della disciplina del rapporto con il gestore del servizio, tali da giustificare il mancato accoglimento *tout court* per mancanza dei requisiti minimi di fattibilità, senza che malintese esigenze di parità di trattamento imponessero al Comune di chiedere alla proponente (non già un circoscritto ampliamento delle prestazioni contrattuali a partire da una proposta valida, come nel caso di T.E.G., ma) una radicale riscrittura della proposta. E questo a maggior ragione se si considera che la richiesta di integrazioni rivolta a Engie Servizi avrebbe richiesto di dilazionare la definitiva valutazione sull'altra proposta, quella di T.E.G., essa sì munita dei requisiti di fattibilità, senza peraltro avere alcuna certezza in ordine alle scelte che avrebbe operato Engie (la quale avrebbe ben potuto lasciar cadere l'invito a modificare la proposta, ovvero modificarla in maniera non soddisfattiva).

In altre parole, ribadito che sul Comune gravava l'obbligo di valutare tutte le offerte pervenute, non appare irragionevole – anche nella logica comparativa sollecitata dalla ricorrente – il diverso trattamento riservato alle proposte della ricorrente e della controinteressata, stante la contrarietà della prima all'interesse pubblico (contrarietà confermata nel presente giudizio, come si è visto); e tenuto conto, all'opposto, dell'urgenza di decidere sulla seconda in ossequio al termine perentorio di tre mesi assegnato dalla legge a garanzia,

evidentemente, delle esigenze di certezza dell'operatore economico autore della proposta e in funzione della stabilità della proposta stessa.

D'altro canto, non deve dimenticarsi che l'amministrazione, in fase di scelta del promotore di un *project financing*, gode di amplissima discrezionalità, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti, in funzione non della scelta della migliore tra una pluralità di offerte, bensì di una valutazione di interesse pubblico che giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nei propri strumenti di programmazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843; id., A.P., 15 aprile 2010, n. 2155, rinumerata in n. 1/2010). E che, in ogni caso, la corretta composizione dei contrapposti interessi in gioco – quello alla speditezza del procedimento e alla scelta della proposta più confacente all'interesse pubblico, unitamente all'interesse individuale di ciascun proponente a vedere valutata la propria offerta, pur in presenza di altre offerte analoghe – si rinviene nel pacifico riconoscimento della facoltà dell'amministrazione di non dare corso alla gara per l'affidamento del progetto e di intervenire in autotutela sulla dichiarazione di pubblico interesse, ogniqualvolta ravvisi la sussistenza di sopravvenuti motivi, anche di natura economica in relazione al risparmio di spesa, a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, come ben può accadere all'esito della presentazione di una nuova proposta avente il medesimo oggetto di quella già dichiarata di interesse (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111; id., 18 gennaio 2017, n. 207).

Da ultimo, va esclusa la denunciata violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, inapplicabile alla procedura in esame in virtù della specialità della disciplina dettata dall'art. 183 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016. La previsione che rimette alla valutazione discrezionale dell'amministrazione l'attivazione del contraddittorio procedimentale in ordine ai contenuti del progetto è infatti incompatibile con l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento della proposta, tanto più quando si tratti di motivi che, come nella specie,

investono il merito della proposta e non attengono a profili formali/procedimentali o a requisiti soggettivi del proponente.

4. L'infondatezza delle censure dirette a far valere l'illegittimità del diniego frapposto alla ricorrente non toglie che quest'ultima conservi l'interesse strumentale alla decisione sulle rimanenti censure, dirette nei confronti della valutazione di fattibilità della proposta della controinteressata, prescelta per venire inserita nella programmazione comunale (delibera di Giunta n. 107/2017).

4.1. Con il quinto motivo aggiunto, la società ricorrente ripropone nei confronti della deliberazione n. 107/2017 le quattro censure già svolte con il ricorso introduttivo del giudizio.

La prima è diretta a far valere la violazione dell'obbligo del Comune di provvedere anche sulla proposta di *project financing* presentata da Engie Servizi. La sopravvenuta deliberazione n. 103/2017, recante la motivata valutazione di non conformità all'interesse pubblico della proposta di Engie Servizi, determina il venir meno dell'interesse allo specifico motivo di gravame.

4.2. La seconda censura avanzata con il ricorso introduttivo, anch'essa reiterata con il quinto motivo aggiunto, investe il merito della proposta di T.E.G.. Segnatamente, la ricorrente reputa che il Comune di Massarosa avrebbe dovuto preventivamente riscattare dalla concessionaria gli impianti di proprietà di Enel Sole, per poi dare corso all'approvazione dei progetti, anziché ammettere il progetto di T.E.G. subordinandone l'ammissione all'impegno della proponente a finanziare il riscatto degli impianti, impegno oltretutto condizionato all'effettiva aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio.

Il motivo è infondato.

La bozza di convenzione allegata alla proposta della controinteressata, e fatta propria dal Comune, disciplina all'art. XIII gli obblighi dell'amministrazione e del concessionario in ordine al riscatto e alla messa a disposizione degli impianti di proprietà di Enel Sole, all'uopo stabilendo che l'amministrazione

si obbliga ad esercitare il diritto di riscatto e a mettere a disposizione detti impianti entro il termine di un anno dalla consegna degli altri impianti al concessionario. Questi, dal canto suo, si impegna a mettere a disposizione del Comune la somma necessaria all'acquisto degli impianti. Nel caso di mancata, tempestiva consegna degli impianti in questione al concessionario, la norma convenzionale prevede che *“gli interventi di manutenzione ed efficientamento a carico del concessionario riguarderanno solo gli impianti di proprietà dell'Amministrazione al momento della stipula del presente contratto, con conseguente riduzione del canone annuo secondo gli importi che confermeranno al Concessionario la stessa redditività (TIR) indicata nel piano economico finanziario allegato al presente contratto”*.

Come si vede, non può dubitarsi del fatto che il Comune abbia previsto di esercitare in via diretta il riscatto degli impianti di Enel Sole, gravando sul concessionario scelto con procedura a evidenza pubblica – non necessariamente T.E.G. – il solo obbligo di anticipare al Comune le somme occorrenti, per poi vedersene restituire mediante la corresponsione del canone (il cui importo, a seguito dell'inserimento della previsione inerente il riscatto dei punti luce di Enel Sole, è stato portato da 168 mila a 250 mila euro annui). L'inserimento nella convenzione dell'obbligo di anticipo a carico del concessionario è speculare alla prevista riduzione del canone annuo per l'ipotesi di mancata messa a disposizione degli impianti di Enel Sole. Ed essendo l'obbligo destinato a gravare sul futuro aggiudicatario della gara per l'affidamento del servizio, non crea indebite posizioni di vantaggio competitivo a favore del proponente.

È, semmai, la bozza di convenzione allegata alla proposta di Engie Servizi a contenere una clausola (paragrafo 9.5.4) che incorre nei vizi denunciati, laddove prevede l'impegno non del Comune, ma dell'appaltatore (*rectius*: concessionario) *“ad acquisire e gestire gli impianti di proprietà di Enel Sole”*, dietro la remunerazione costituita da un canone aggiuntivo pari alla spesa storica sostenuta dal Comune nell'anno precedente alla presa in consegna da parte del concessionario medesimo.

4.3. Con il terzo motivo di ricorso, Engie Servizi sostiene che T.E.G. non potrebbe svolgere il ruolo di promotore del *project financing* in questione, potendo essa rendersi aggiudicataria del servizio solo attraverso un affidamento *in house*. Precisa la società ricorrente che, sino ad oggi, il Comune di Massarosa avrebbe appunto gestito *in house* il servizio di illuminazione pubblica, servendosi di un soggetto interamente partecipato; di modo che l'approvazione della proposta di T.E.G. – indirettamente partecipata dal Comune tramite Toscana Energia s.p.a., a sua volta affidataria *in house* del servizio di distribuzione del gas naturale – avrebbe lo scopo di proseguire nell'affidamento diretto e di continuare a esercitare la propria influenza sul gestore del servizio, pur in assenza del requisito del controllo analogo, destinato a cessare per effetto della dismissione della partecipazione in Toscana Energia, in corso da parte del Comune.

Con il quarto motivo, si afferma che la scelta di un promotore controllato dalla stessa stazione appaltante sarebbe illegittima anche alla luce del principio generale dettato dall'art. 42 co. 2 d.lgs. n. 50/2016, secondo cui vanno evitate le situazioni che possano far sorgere potenziali conflitti di interesse. La circostanza che la controinteressata T.E.G. sia interamente controllata da Toscana Energia, società partecipata (anche) dal Comune di Massarosa e già affidataria *in house* del servizio di distribuzione del gas naturale, determinerebbe una situazione inconciliabile con il rispetto dei principi di *par condicio* e imparzialità nell'affidamento, imponendo l'esclusione della controinteressata dalla procedura a norma dell'art. 80 co. 5 lett. d) del più volte citato d.lgs. n. 50/2016.

4.3.1. Le censure, da esaminarsi congiuntamente, sono infondate.

La controinteressata Toscana Energia Green è partecipata al 100% da Toscana Energia, società a partecipazione pubblica maggioritaria della quale il Comune di Massarosa detiene l'1,167% del capitale, a seguito della fusione per incorporazione in Toscana Energia di Sermas Gas s.p.a.. Quest'ultima era interamente posseduta dal Comune, che le aveva conferito la titolarità delle

reti e del servizio di distribuzione del gas naturale, oggi esercitato nel territorio comunale da Toscana Energia in virtù, appunto, dell'affidamento *in house* a Sermas Gas.

La ricorrente Engie Servizi assume che la posizione di controllo indiretto esercitata dal Comune di Massarosa su T.E.G., attraverso Toscana Energia, darebbe luogo a una commistione di interessi fra lo stesso Comune e il soggetto scelto come proponente del *project financing*, in violazione della disciplina sull'affidamento dei servizi pubblici locali e dei limiti operativi delle società a partecipazione pubblica.

La tesi del controllo su T.E.G., ancorché indiretto, è però contraddetta dall'esiguità della partecipazione del Comune, palesemente insufficiente a garantire un'autonoma influenza dominante sull'operato di Toscana Energia. T.E.G. risulta essere, pertanto, la controllata di una società partecipata dal Comune di Massarosa, situazione che da tempo la giurisprudenza nazionale, sulla scia di quella europea, ha escluso essere impeditiva della partecipazione a gare indette dallo stesso ente pubblico contitolare del capitale sociale, non potendosi presumere che dalla compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente discenda un'automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, in assenza di prova circa l'esistenza di specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, che richiama Corte Giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03 "Stadt Halle". In termini anche Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; C.G.A., sez. giurisd., 24 dicembre 2002, n. 692).

Le medesime considerazioni circa l'inconfigurabilità di impedimenti pregiudiziali non possono che valere per l'ipotesi in cui la società a partecipazione pubblica si renda presentatrice di proposte di *project financing*, salvo verificare caso per caso che, in concreto, l'amministrazione destinataria della proposta non abbia inteso indebitamente avvantaggiare la proponente da essa partecipata. Ma, nella specie, si è visto come gli elementi addotti dalla

ricorrente a comprova del presunto *favor* verso T.E.G. si risolvano, in realtà, nella constatazione da parte del Comune dell'obiettiva incapacità della proposta di Engie di porsi come alternativa utilmente praticabile.

Del pari, va escluso che la partecipazione societaria del Comune in Toscana Energia comporti di per sé l'esistenza della situazione di conflitto di interessi sanzionata dall'art. 42 co. 2 del d.lgs. n. 50/2016 (la quale, beninteso, si riferisce al personale della stazione appaltante).

Alla valutazione della proposta di T.E.G. non è di ostacolo, infine, la circostanza che la controllante Toscana Energia sia affidataria diretta, nel Comune di Massarosa, del servizio pubblico di distribuzione del gas.

Come già osservato in precedenza dalla Sezione in controversia analoga (cfr. T.A.R. Toscana, sez. I, 29 giugno 2015, n. 981), il divieto di partecipazione stabilito dall'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, è venuto meno per effetto della nota abrogazione referendaria della norma, la quale non ha comportato la reviviscenza dell'art. 113 T.U.E.L. nelle parti abrogate dallo stesso art. 23-*bis* (cfr. Corte Cost., 26 gennaio 2011, n. 24). E, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, dettato dal legislatore per colmare il vuoto originato dall'abrogazione del citato art. 23-*bis*, la materia dei servizi pubblici trova ora la sua composita disciplina nell'art. 34 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, nell'art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, nell'art. 3-*bis* del d.l. n. 138/2011 e in una serie di disposizioni "sparse", oltre che in alcune previsioni settoriali: coacervo normativo dal quale non è dato evincere alcun formale divieto di partecipazione alle nuove gare nei confronti degli affidatari diretti del servizio (salvo il divieto, che qui non rileva, relativo alla partecipazione alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164).

5. In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso ed i connessi motivi aggiunti non possono trovare accoglimento.

5.1. Le spese di lite seguono la soccombenza della ricorrente e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna parte resistente.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO