

Pubblicato il 23/11/2018

N. 06633/2018REG.PROV.COLL.
N. 04227/2018 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 numero di registro generale 4227 del 2018, proposto da **Safety21** s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Sica e Mariano Protto, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Roma, via Cicerone, n. 44;

contro

Provincia di Varese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Liberto Losa, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

nei confronti

KRIA s.r.l., Servizio Accertamento Riscossione Imposte Diritti Accessori s.r.l., e STT s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano, Sez. IV, n. 00386/2018, resa tra le parti, concernente l'affidamento in concessione, mediante *project financing* del servizio concernente l'installazione, il noleggio e la manutenzione di dispositivi per la rilevazione della velocità e prestazioni accessorie.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Varese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Mariano Protto e Liberto Losa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con delibera presidenziale 24/10/2016, n. 135, la Provincia di Varese ha approvato, dichiarandola di pubblico interesse, la proposta di *project financing* presentata dalla **Safety21** s.p.a. per l'affidamento in concessione del servizio concernente l'installazione, il noleggio e la manutenzione di dispositivi per la rilevazione della velocità e prestazioni accessorie.

La Provincia ha quindi adottato la determinazione 23/12/2016, n. 3076 con cui ha indetto la gara per l'individuazione del concessionario.

A seguito delle istanze pervenute da alcuni operatori del settore la Provincia ha adottato la determinazione 10/2/2017, n. 289 con la quale ha sospeso il procedimento di gara al fine “*di consentire una approfondita verifica delle prescrizioni e dei contenuti del progetto posto a base di gara*”.

Successivamente, con delibera presidenziale 11/5/2017 n. 50 e determinazione dirigenziale in pari data n. 1023, la medesima amministrazione ha rispettivamente annullato la delibera di approvazione della proposta e la determinazione con cui era stata bandita la gara.

Ritenendo i provvedimenti di ritiro illegittimi la **Safety21** li ha impugnati con ricorso al T.A.R. per la Lombardia – Milano, il quale, con sentenza 9/2/2018,

n. 386, lo ha respinto.

Avverso la sentenza ha proposto appello la **Safety21**.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio la Provincia di Varese.

Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 25/10/2018 la causa è passata in decisione.

Col primo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel respingere la doglianza con la quale era stata dedotta la violazione dell'art. 7 della L. 7/8/1990, n. 241 per l'omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Infatti, diversamente da quanto affermato dal Tribunale, gli oneri di comunicazione di cui al citato art. 7 non potevano ritenersi assolti con l'adozione e pubblicazione della determina 10/2/2017, n. 289, con la quale la Provincia aveva deciso di sospendere il procedimento di gara *“al fine di consentire una approfondita verifica delle prescrizioni e dei contenuti del progetto anche in considerazioni delle istanze pervenute”*, in quanto l'atto non indicava quali fossero gli aspetti oggetto di verifica, non specificava il contenuto delle *“istanze pervenute”* e non prevedeva la possibilità di presentare osservazioni entro un determinato termine.

La violazione del contraddittorio procedimentale risulterebbe ancor più grave ove si consideri che l'amministrazione ha agito dopo aver preso in esame le istanze con cui altri operatori del settore avevano sollecitato l'esercizio del potere di autotutela.

Il motivo non merita accoglimento.

Ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241/1990 *“Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del*

procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Nel caso di specie il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso, in quanto, come meglio verrà precisato in prosieguo:

a) l'operazione economica proposta non determinava alcuna traslazione dei rischi in capo all'odierna appellante, elemento questo essenziale ai fini della configurabilità di una concessione o di un partenariato (art. 3 lett. *uu*, *vv* ed *eee* del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50);

b) in ogni caso la semplice mancanza dell'analisi dei rischi era sufficiente a viziare la proposta (e quindi l'indizione della gara) rendendo la stessa priva di un elemento essenziale per la valutazione della sua fattibilità.

Col secondo, terzo e quarto motivo si deducono le seguenti censure.

a) Dall'appellata sentenza deriverebbe l'obbligo dell'amministrazione di riprovvedere consentendo alla **Safety21** di presentare l'analisi dei rischi o di modificare il progetto ai sensi dell'art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016.

b) Per l'ipotesi in cui si dovesse ritenere che il Tribunale abbia inteso negare la stessa ammissibilità della proposta della **Safety21**, la sentenza sarebbe comunque erronea in quanto pronunciata attribuendo ai provvedimenti impugnati un contenuto diverso da quello emergente dal loro tenore letterale.

L'amministrazione, infatti, non avrebbe contestato l'omessa assunzione del rischio operativo da parte della società proponente, bensì l'assenza dell'analisi del detto rischio, oltre a difficoltà nel garantire le prestazioni dedotte in convenzione (validazione delle immagini delle infrazioni) derivanti dalla mancanza di un corpo di polizia locale.

La pretesa assenza di rischio operativo non potrebbe nemmeno trarsi dal parere dell'Avvocatura provinciale citato nei provvedimenti di ritiro, atteso che anche il detto parere farebbe riferimento alla mera mancanza dell'analisi dei rischi.

Peraltro laddove il parere affermasse la mancanza del detto rischio sarebbe a sua volta viziato per illogicità e contraddittorietà.

c) La sentenza sarebbe viziata anche nella parte in cui ha affermato che *“quanto alla validazione delle infrazioni non appare illegittimo che la Provincia si riferisca alla oggettiva impossibilità dello svolgimento di tale parte del servizio considerato che l'eventuale convenzionamento è legato ad una serie di variabili non controllabili da parte dell'ente concedente”*, essendo onere della Provincia verificare l'effettiva impossibilità di stipulare convenzioni con altri enti.

d) Il Tribunale avrebbe violato l'art. 34, comma 2, del c.p.a. pronunciando su poteri non ancora esercitati e senza che gli fosse stato richiesto di accertare il mancato trasferimento del suddetto rischio.

e) L'erronea statuizione concernente la mancata traslazione dei rischi, avrebbe indotto il Tribunale a negare nella specie la configurabilità di una concessione di servizi.

La tre doglianze, che si prestano ad una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.

Occorre intanto puntualizzare che, diversamente da quanto l'appellante sostiene, dall'appellata sentenza non discendeva alcun onere per l'amministrazione di riprovedere sulla proposta.

Difatti la reiezione del ricorso di primo grado ha lasciato integra la situazione definita dagli atti con cui erano stati annullati d'ufficio i provvedimenti di approvazione della proposta di *project financing* e di indizione della gara per la scelta del concessionario.

Né alcun vincolo di rivalutare la proposta potrebbe farsi discendere dall'art. 183, comma 15, del D. Lgs. n. 50/2016.

La norma, stabilisce, per quanto qui rileva, che *“l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione”*.

L'amministrazione ha, quindi, la facoltà e non l'obbligo di rivolgere al proponente il detto invito.

Ciò posto il giudice di prime cure ha correttamente osservato che i gravati provvedimenti di ritiro si fondavano non (o non soltanto) sulla rilevata

mancanza dell'analisi dei rischi, ma sull'assenza di rischio operativo.

Gli atti in questione risultano, infatti, espressamente adottati “*Visto e condiviso il parere dell'Ufficio Avvocatura e Affari Legali dell'Ente n. 24507 in data 28/04/2017*” e tale parere enuncia chiaramente le ragioni per cui nella specie deve ritenersi assente una traslazione dei rischi in capo alla parte proponente.

In ogni caso rileva la Sezione che anche la sola mancanza dell'analisi dei rischi, sarebbe già di per sé sufficiente a costituire valido presupposto per il ritiro in autotutela della proposta, risultando in tal caso la stessa priva di un elemento essenziale per una sua compiuta e congrua valutazione.

Alle luce delle esposte considerazioni deve escludersi che il giudice di prime cure abbia pronunciato “*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*”.

Col quinto, sesto, settimo, ottavo e nono motivo, che si prestano ad una trattazione congiunta, si deduce, in sintesi, che il giudice di prime cure avrebbe erroneamente ritenuto:

- a) assente, in contrasto con quanto risultante dall'art. 4 dello schema di convenzione allegato al progetto di fattibilità, la traslazione del rischio operativo in capo al proponente;
- b) oggettivamente impossibile, stante la mancanza di un corpo di polizia locale provinciale, “*lo svolgimento di una parte del servizio, vale a dire quello legato alle validazioni*”.

La doglianza di cui alla lett. a) non merita accoglimento.

Dall'esame dell'art. 4 dello schema di convenzione allegato alla proposta emerge chiaramente che l'obbligo della stazione appaltante di corrispondere all'esecutore del servizio i canoni mensili ivi specificati non è subordinato al verificarsi di alcuna condizione ed è, in ogni caso, dovuto.

Nessuna indicazione contraria può trarsi dalla lettera b) dell'ultimo comma del ciato art. 4 laddove si prevede che: “*in nessun caso il compenso spettante al Concessionario, comprensivo dei canoni di noleggio, potrà superare il 60% dei proventi (esclusa la quota IVA, laddove dovuta) delle sanzioni incassate da parte del Concedente; a*

tal riguardo, le Parti concordano fin d'ora di effettuare un conguaglio annuale al fine di individuare i compensi spettanti ad entrambe le Parti”.

La clausola, che pone unicamente un limite al compenso erogabile all'operatore economico, non esclude che i canoni spettino, comunque, anche nel caso di assenza di proventi imputabili a sanzioni.

A quanto sopra giova soggiungere che in base all'art. 165, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, *“Nei contratti di concessione (...) la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera z) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”.*

L'art. 3, comma 1, lettera z), del citato decreto legislativo, definisce, a sua volta, il rischio operativo come *“il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. Si considera che l'operatore economico assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile”.*

Le trascritte norme evidenziano con sufficiente chiarezza che il rischio a cui si fa riferimento nel contratto di concessione di servizi è quello legato alla vendita sul mercato delle prestazioni dedotte in contratto.

Tuttavia, com'è evidente, il servizio proposto dalla **Safety21** non ha a oggetto prestazioni da rendere agli utenti di un mercato (tali non potendosi ritenere i

soggetti che commettono infrazioni), bensì un'attività da esercitare in favore dell'amministrazione committente.

La reiezione delle doglianze sin qui esaminate rende superfluo affrontare la censura rivolta contro l'ulteriore rilievo addotto dalla Provincia a sostegno degli avversati provvedimenti di ritiro (quello concernente le difficoltà nella validazione delle immagini delle infrazioni derivanti dall'assenza di un corpo di polizia provinciale), risultando questi ultimi idoneamente motivati con riguardo alla constatata assenza sia di rischio operativo, sia della stessa analisi dei rischi.

Col decimo motivo l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha negato la sussistenza dei presupposti per la condanna dell'amministrazione provinciale intimata al risarcimento del danno.

Nel caso che occupa la responsabilità dell'ente sarebbe configurabile quantomeno nella specie della *culpa in contrahendo*.

La doglianza è infondata.

Nel caso che occupa è da escludere sia la responsabilità da attività provvedimentale, sia la responsabilità precontrattuale.

La prima in considerazione della ravvista insussistenza dei vizi di legittimità dedotti nei confronti dei provvedimenti di ritiro impugnati.

La seconda in quanto, ai fini della sua configurabilità, il privato deve provare, tra l'altro, la propria buona fede soggettiva (così Cons. Stato, A.P., 4/5/2018, n. 5).

Nella specie il suddetto elemento soggettivo è assente in quanto le carenze che hanno determinato l'esercizio del potere di autotutela sono imputabili alla stessa appellante che ha formulato la proposta di *project financing*.

Al di là di ciò l'invocata responsabilità precontrattuale non sarebbe configurabile anche sotto altro aspetto.

Ed invero, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato che in tema di *project financing*, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, l'amministrazione non è

tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, posto che:

- a) tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all'effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, tali da non potere essere rese coercibili nell'ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa (Cons. Stato, Sez. III, 20/3/2014, n. 1365; 30/7/2013, n. 4026; 24/5/2013, n. 2838; Sez. V, 6/5/2013, n. 2418);
- b) la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara, una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta (Cons. Stato, Sez. V, 21/6/2016, n. 4177).

Sotto il profilo della reclamata responsabilità civile, ne consegue che anche dopo l'approvazione della proposta non sorge un distinto, speciale e autonomo rapporto precontrattuale, interessato dalla responsabilità precontrattuale, a che l'amministrazione dia poi comunque corso alla procedura di finanza di progetto. La valutazione amministrativa della perdurante attualità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera continua a essere immanente. Si tratta infatti di considerare, sino all'affidamento, l'attualità e la convenienza della realizzazione, senza condizionamenti neanche da eventuali previ e informali contatti, finalizzati all'elaborazione della proposta da parte del promotore.

Ne discende ancora che in detta elaborazione e conseguente presentazione di progetto e accessori vi è, da parte del promotore, un'assunzione consapevole di rischio a che quanto proposto non venga poi realizzato (Cons. Stato, Sez. V, 18/1/2017, n. 207).

L'appello va in definitiva respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della

decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore della Provincia di Varese, liquidandole forfettariamente in complessivi € 5.000/00 (cinquemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO