

Pubblicato il 08/09/2023

N. 08236/2023REG.PROV.COLL.

N. 01000/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1000 del 2023, proposto dalle società Prima s.r.l., Ambiente 2000 s.r.l. e Atzwanger s.p.a., in proprio e nella rispettiva qualità di capogruppo mandataria e mandanti del costituendo Rti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Manzi, Stefano Soncini ed Edoardo Gambaro, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Trezzo sull'Adda, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;
Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cologno Monzese e di Trezzo sull'Adda, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

A2A Ambiente s.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del RTI con le società Termokimik Corporation Impianti e Procedimenti Industriali s.p.a. e A2A Calore & Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Renna, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione Prima, n. 52 del 3 gennaio 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trezzo sull'Adda e della società A2A Ambiente s.p.a.;

Visto l'appello incidentale proposto dalla società A2A Ambiente s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 il Cons. Luca Lamberti e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 5 settembre 2022 la società Prima s.r.l., proprietaria dell'impianto di termovalorizzazione in Comune di Trezzo sull'Adda (realizzato in *project financing* sulla base di una convenzione con il Comune, entrato in funzione nel settembre 2003 e destinato, in base alla predetta convenzione, a passare gratuitamente in proprietà comunale dopo venti anni di esercizio), ha impugnato avanti il T.a.r. per la Lombardia la delibera del Consiglio comunale del Comune di Trezzo sull'Adda del 5 luglio 2022, con la quale, nell'ambito di una procedura preliminare tesa a sollecitare la presentazione, da parte di operatori privati, di

proposte di *project financing* volte alla riqualificazione e gestione dell'impianto, è stato così disposto:

- è stata dichiarata fattibile e di interesse pubblico la proposta del costituendo RTI con mandataria la società A2A Ambiente s.p.a.;
- di converso, è stata ritenuta non fattibile e non corrispondente al pubblico interesse l'altra proposta, formulata dal costituendo RTI di cui la società Prima è capogruppo mandataria.

1.1. Nell'ambito del ricorso, la società ha svolto, altresì, istanza ostensiva *ex art. 116*, comma 2, c.p.a., con la quale ha sollecitato l'immediato accesso alla *“intera proposta presentata da A2A, comprensiva di tutta la documentazione amministrativa, tecnica, contrattuale ed economica”*, a *“tutte le comunicazioni eventualmente intercorse tra il Comune di Trezzò e A2A”*, nonché a *“tutti i verbali (completi di ogni allegato) eventualmente redatti in occasione dei lavori svolti dalla commissione di esperti nominata dal Comune”*.

1.2. Tale richiesta era stata rivolta al Comune in data 12 luglio 2022 ma, nella prospettazione della ricorrente, era stata *de facto* denegata *in parte qua* dall'Ente, che, con nota del 29 luglio 2022, aveva ritenuto *“opportuno differire il procedimento di accesso alla documentazione alla data di eventuale pubblicazione del bando per la concessione de quo”*, aggiungendo, oltretutto, che la proposta della società Prima *“è stata valutata come non fattibile e non suscettibile di una valutazione di interesse. Il che impatta negativamente sul riconoscimento di un interesse all'accesso, tanto più che la vostra istanza non è minimamente motivata al riguardo”*.

2. Con l'ordinanza indicata in epigrafe, il T.a.r.:

- ha dichiarato cessata la materia del contendere quanto alla documentazione amministrativa della società contro-interessata, rilasciata alla ricorrente in data 21 ottobre 2022;
- per il resto, ha, anzitutto, affermato l'interesse qualificato della ricorrente ad accedere alla proposta della società contro-interessata, posto che *“l'atto con il quale la*

stazione appaltante conclude la prima fase del procedimento di finanza di progetto, ossia il sub procedimento volto alla selezione di una proposta da porre a base della successiva fase dell'evidenza pubblica, deve essere immediatamente impugnato dall'operatore economico che ha presentato una proposta concorrente, il cui interesse di conseguire la concessione sulla base del proprio progetto viene direttamente leso dalla dichiarazione della sua proposta come non rispondente al pubblico interesse”;

- ha, altresì, ritenuto dimostrato “*il nesso di necessaria strumentalità tra i documenti richiesti con l'istanza del 12 luglio 2022 e la situazione finale che essa intende curare o tutelare con il presente giudizio*”;

- ha, tuttavia, ritenuto congruo il differimento disposto dal Comune, alla luce del valore prioritario da accordare alla *par condicio* dei concorrenti, che sarebbe alterata ove l'istante potesse conoscere, prima della pubblicazione del bando, le caratteristiche tecnico-economiche del progetto posto a gara, “*poiché avrebbe a disposizione un lasso temporale più esteso per elaborare un'offerta migliore rispetto a quella presentata dal proponente e ritenuta di pubblico interesse, aumentando, in tal modo, le chance di aggiudicazione della procedura di evidenza pubblica*”; del resto, “*ove la stazione appaltante non ponesse tutti gli operatori economici che partecipano alla gara nelle medesime condizioni conoscitive, vi sarebbe il rischio concreto che la conoscenza anticipata del progetto del promotore finisca per falsare la competizione e che, in virtù del diritto di prelazione che la legge attribuisce al promotore, la competizione si sviluppi esclusivamente tra questi ed il soggetto escluso dalla fase di selezione della proposta*”, a danno degli ulteriori concorrenti.

3. La società Prima ha proposto appello, con cui – premesso che nella preliminare fase conclusa con la delibera consiliare impugnata erano state presentate solo due proposte, quella della società A2A e, appunto, la propria – ha sostenuto che:

- all'immediata impugnabilità dell'atto di scelta del promotore, affermata dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, non può che conseguire, quale necessario corollario logico, l'altrettanto immediata accessibilità dei relativi documenti;

- la partecipazione di Prima alla fase preliminare di scelta del promotore ne rende attuale e concreto l'interesse ostensivo, strettamente connesso alle esigenze difensive;
- ai sensi di legge (art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*), nei procedimenti di *project financing* il progetto che sarà posto a base della successiva (ed eventuale) fase ad evidenza pubblica non è necessariamente quello scelto all'esito della prima fase, essendone ben possibili “*modifiche ed integrazioni*”, sì che “*il differimento dell'accesso è pregiudizievole per Prima, perché tra la Proposta di A2A che è stata valutata e giudicata vincitrice e quella che sarà messa a bando di gara vi potrebbero essere rilevanti differenze*”;
- la partecipazione di terzi operatori alla successiva (ed eventuale) fase di evidenza pubblica è, allo stato, affatto incerta.

3.1. Si è costituito in resistenza il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

3.2. Si è, altresì, costituita A2A, che, oltre a sollecitare il rigetto dell'appello, ha svolto appello incidentale, con cui ha sostenuto che, contrariamente alle statuizioni del T.a.r., Prima non avrebbe un interesse qualificato all'accesso (non avendo contestato in prime cure, se non in via meramente subordinata, la dichiarazione comunale di non fattibilità della propria proposta) e, comunque, difetterebbe il nesso di strumentalità tra i documenti richiesti e le esigenze difensive dell'appellante (giacché “*non solo non sussiste alcuna situazione giuridica azionata che legittimi Prima ad accedere alla documentazione tecnica ed economica della proposta dell'RTI A2A, ma Prima non ha neppure motivato la propria istanza di accesso agli atti, né ha assolto all'onere di dimostrare il rapporto di stretta necessità e/o indispensabilità tra l'interesse conoscitivo e il diritto di difesa*”).

3.3. Dopo un rinvio disposto per la presentazione del suddetto appello incidentale, l'affare è stato trattato alla camera di consiglio dell'8 giugno 2023, in vista della quale le parti hanno versato in atti difese scritte e documenti.

4. Il Collegio osserva, preliminarmente, che l'ammissibilità dell'appello di ordinanze *ex art.* 116, comma 2, c.p.a. è stata affermata dall'Adunanza Plenaria di

questo Consiglio, con sentenza n. 4 del 24 gennaio 2023: il presente giudizio è, pertanto, ammissibile; del resto, parti resistenti niente hanno eccepito in proposito.

5. Iniziando l'esame dalle questioni pregiudiziali sollevate con l'appello incidentale, il Collegio ritiene che Prima abbia un interesse qualificato all'accesso ai documenti richiesti, per loro natura connessi e strumentali alle relative esigenze difensive.

5.1. Invero, è intrinseco alla *ratio* sottesa alla sollecitazione, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, di manifestazioni di interesse da parte di privati in funzione di una futura gara di finanza di progetto che l'operatore che ha partecipato a detta fase preliminare ed il cui progetto, per qualunque motivo, è stato dichiarato non rispondente al pubblico interesse abbia una posizione differenziata e, appunto, qualificata ad impugnare subito il giudizio conclusivo dell'Amministrazione, con cui questa si pronuncia sfavorevolmente sul proprio progetto e, contestualmente, esprime la propria preferenza per il progetto presentato da altro concorrente (cfr. Ad. Plen. n. 1 del 2012, § 6 e ss.).

5.2. Il Collegio osserva, incidentalmente, che la fattispecie oggetto del presente giudizio non è equiparabile all'esclusione da una gara pubblica, posto che:

- la procedura *de qua* è tesa non all'individuazione del contraente, ma solo alla preliminare selezione del progetto su cui, poi, verterà l'eventuale gara vera e propria;
- la procedura *de qua* non ha carattere comparativo;
- la dichiarazione di non rispondenza al pubblico interesse concreta (*recte*, consegue a) una valutazione nel merito del progetto.

5.3. Discende necessariamente da quanto precede che l'operatore non prescelto ha un interesse strumentale, giuridicamente tutelato, a conoscere immediatamente ed integralmente i documenti presentati od elaborati nel corso della procedura e, in particolare, il progetto preferito dall'Amministrazione, ivi inclusi i relativi profili tecnico-economici.

5.4. Invero, solo l'immediata ostensione delle caratteristiche del progetto prescelto consente (*recte*, rende in concreto possibile) la difesa in giudizio – come noto soggetta agli ordinari vincoli decadenziali – dell'operatore, evidentemente interessato a contestare *funditus* la scelta amministrativa, in considerazione della posizione di vantaggio riveniente, in capo a colui che ha presentato il progetto prescelto, nell'ambito della conseguente gara (si pensi, *in primis*, al diritto di prelazione).

5.5. In conclusione sul punto, la partecipazione alla procedura preliminare determina *ex se* la qualificazione dell'interesse all'accesso, l'afferenza al progetto prescelto dei documenti di cui è chiesta l'ostensione dimostra *per tabulas* la strumentalità dell'accesso rispetto alle esigenze difensive.

5.6. Da un punto di vista processuale, peraltro, il ricorso al T.a.r. dell'odierna appellante si fonda anche sull'integrale contestazione, nel merito, degli esiti delle valutazioni del Gruppo di lavoro tecnico-specialistico costituito dal Comune, cui la delibera consiliare impugnata si è *in toto* riportata (cfr. ricorso al T.a.r., pagine 23 e ss).

5.7. Dunque l'appello incidentale è da rigettare.

6. Quanto all'appello principale, il Collegio osserva che, se è immediatamente impugnabile l'atto conclusivo della fase propedeutica di individuazione del progetto da porre a gara (consolidata la giurisprudenza sul punto), evidentemente deve ritenersi subito accessibile, da parte dell'operatore che ha preso parte, con esito sfavorevole, a siffatta procedura, la diversa offerta prescelta, anche negli aspetti tecnici ed economici, pena:

- la sostanziale frustrazione del diritto di difesa di tale soggetto, il cui interesse legittimo allo scrutinio giurisdizionale della scelta amministrativa viene *de facto* sterilizzato;

- la parallela creazione, in via pretoria, di una "bolla" di insindacabilità delle decisioni amministrative.

6.1. Tale conclusione trova fondamento nei cennati, significativi vantaggi concorrenziali che la legge (art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016) delinea a favore del promotore nella successiva gara.

6.2. Di converso, non vi è allo stato (ne è certo che vi sia in futuro) alcun terzo che possa essere lesa dalla previa conoscenza da parte di Prima del progetto presentato da A2A, posto che:

- il progetto cui Prima ha chiesto di accedere è quello inizialmente presentato da A2A nell'ambito della preliminare fase di presentazione delle manifestazioni di interesse, non necessariamente coincidente con quello che sarà poi eventualmente posto a base di gara;

- eventuali futuri partecipanti alla gara non possono essere lesi dalla conoscenza, da parte di Prima, dei documenti presentati da A2A nell'ambito di una procedura preliminare cui tali eventuali concorrenti futuri hanno evidentemente scelto di non partecipare.

6.3. A tutto concedere, comunque, la tutela prospettica di soggetti incerti non può ridondare a danno attuale di un soggetto certo, quale appunto Prima.

6.4. Ne consegue che l'appello principale merita accoglimento, alla luce del pieno diritto di Prima ad una conoscenza immediata ed integrale della documentazione richiesta con l'istanza del 12 luglio 2022.

7. Le spese del doppio grado del giudizio afferente all'istanza ostensiva *ex art.* 116, comma 2, c.p.a. possono essere compensate, alla luce della relativa novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul giudizio n. 1000 del 2023, come in epigrafe proposto, così dispone:

- rigetta l'appello incidentale;

- accoglie l'appello principale e, per l'effetto, ordina al Comune di Trezzo sull'Adda ed alla Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Cologno Monzese e di Trezzo sull'Adda di ostendere senza indugio all'appellante tutta la documentazione richiesta con l'istanza del 12 luglio 2022;

- compensa le spese del doppio grado del giudizio afferente all'istanza ostensiva.

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

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio dei giorni 8 giugno 2023 e 12 luglio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Luca Lamberti, Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Lamberti

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO