

Pubblicato il 08/02/2021

N. 01594/2021 REG.PROV.COLL.
N. 06101/2019 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 il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6101 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Dedem S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Guccione e Maria Ferrante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Claudio Guccione in Roma, Corso Italia 45;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro p.t., Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Dipartimento per la Programmazione ed il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa adozione di misura cautelare

- 1) del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per i Trasporti, la Navigazione, gli Affari Generali ed il Personale, Direzione Generale per la Motorizzazione, Divisione 1, a firma del dott. Ing. Sergio Dondolini, Direttore Generale della Direzione Generale per la Motorizzazione, prot. U.0011646 del 10.04.2019;
- 2) ove occorrer possa, del documento riservato del Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19.02.2019, il cui contenuto non è conosciuto dalla ricorrente;
- 3) ove occorrer possa, della nota del Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. DIPE-0005434-P del 26.10.2018 e della relativa nota di trasmissione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti prot. n. RU 27361 del 6.11.2018;
- 4) ove occorrer possa, della nota DIPE 4255 del 20.08.2018 indirizzata al MIT, il cui contenuto non è conosciuto dalla ricorrente;
- 5) di ogni altro atto, antecedente o susseguente, comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché sconosciuto all'odierna ricorrente;

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

del dovere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di procedere ad una nuova valutazione della proposta di project financing presentata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016;

con espressa riserva di domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a.; Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- 1) del provvedimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per i Trasporti, la Navigazione, gli Affari Generali ed il Personale, Direzione Generale per la Motorizzazione, Divisione 1, a firma del dott. Ing. Sergio Dondolini, Direttore Generale della Direzione Generale per la Motorizzazione, prot. U.0011646 del 10.04.2019;

- 2) ove occorrer possa, del documento riservato del Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19.02.2019, il cui contenuto non è conosciuto dalla ricorrente;
- 3) ove occorrer possa, della nota del Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri n. DIPE-0005434-P del 26.10.2018 e della relativa nota di trasmissione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti prot. n. RU 27361 del 6.11.2018;
- 4) ove occorrer possa, della nota DIPE 4255 del 20.08.2018 indirizzata al MIT, il cui contenuto non è conosciuto dalla ricorrente;
- 5) di ogni altro atto, antecedente o susseguente, comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché sconosciuto all'odierna ricorrente;

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

del dovere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di procedere ad una nuova valutazione della proposta di project financing presentata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016;

con espressa riserva di domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a.;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da DEDEM S.P.A. il 18.10.2019 :

PER L'ANNULLAMENTO, DEI PROVVEDIMENTI GIÀ IMPUGNATI CON IL RICORSO PRINCIPALE, NONCHÉ PER L'ANNULLAMENTO DEI SEGUENTI PROVVEDIMENTI SOPRAVVAVVENUTI E/O SUCCESSIVAMENTE CONOSCIUTI, VIZIATI PER ILLEGITTIMITÀ DERIVATA

- della nota prot. 24714 del 31.07.2018, inviata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti al Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, conosciuta al momento del deposito documentale effettuato dalla

difesa erariale in data 14.07.2019, in vista della camera di consiglio del successivo 17.07.2019 (doc. 13);

- della nota prot., 0004255 - P 20/08/2018 inviata dal Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, al momento del deposito documentale effettuato dalla difesa erariale in data 14.07.2019, in vista della camera di consiglio del successivo 17.07.2019;

- del parere reso dal Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri e della relativa nota di accompagnamento prot. 0000386 -P 24/01/2019, il cui contenuto è stato conosciuto al momento del deposito documentale effettuato dalla difesa erariale in data 14.07.2019, in vista della camera di consiglio del successivo 17.07.2019, benché formalmente impugnato con il ricorso introduttivo del presente giudizio;

- di ogni altro atto, antecedente o susseguente, comunque connesso ai provvedimenti impugnati, ancorché sconosciuto all'odierna ricorrente;

NONCHÉ PER L'ACCERTAMENTO

del dovere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di procedere ad una nuova valutazione della proposta di project financing presentata ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016;

CON ESPRESSA RISERVA DI DOMANDA RISARCITORIA AI SENSI DELL'ART. 30, COMMA 5, C.P.A.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2020 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. In data 7.5.2018, Dedem S.p.A. (di seguito anche solamente “Dedem”), quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con Muhlbauer ID Services GmbH, Nexive S.p.A. e Trust Technology Services S.r.l., presentava al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti una proposta di project financing, ai sensi dell’art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, avente ad oggetto l’affidamento del servizio di stampa centralizzata e consegna/recapito di patenti e duplicati delle carte di circolazione (doc. 4 ric.).

Ricevuta la proposta, con nota prot. n. RU17716 del 20.07.2018 (doc. 5 ric.), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Dipartimento per i Trasporti, la Navigazione, gli Affari Generali ed il Personale - Direzione Generale per la Motorizzazione, comunicava alla società istante: di dovere effettuare degli approfondimenti specialistici da demandare al nucleo di esperti specializzato, appositamente costituito presso il Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei Ministri; di dovere, altresì, acquisire dalla proponente una serie di elementi informativi ulteriori.

Con successiva nota del 10.09.2018 (doc. 5 bis ric.), Dedem S.p.a. forniva i chiarimenti richiesti.

Quindi, con nota prot. n. RU 27361 del 6.11.2018, il MIT trasmetteva a Dedem il parere del DIPE prot. DIPE-0005434-P-26/10/2018 (doc. 2 ric.), invitandola «ad apportare – entro otto giorni naturali e consecutivi decorrenti dalla data odierna – tutte le necessarie modifiche ed integrazioni alla proposta sotto il profilo tecnico, giuridico ed economico/finanziario» e confermando che «la nuova proposta dovrà quindi essere consegnata allo scrivente, pena l’irricevibilità della stessa, entro e non oltre il giorno 14 novembre p.v.».

In estrema sintesi il DIPE, nel rimettere al MIT la valutazione della proposta sotto i profili tecnici, giuridici ed economico-finanziari, evidenziava alcuni elementi critici, nei termini che seguono:

- a) era necessaria da parte del MIT una valutazione di congruità delle voci di costo indicate quale dati di input nella proposta, con particolare attenzione ai costi relativi a manutenzione, software, project management e logistica;
- b) in merito ai lavori sull'immobile, era necessario valutare eventuali effetti strutturali rispetto all'adeguamento sismico degli edifici;
- c) il rendimento del progetto, pari a circa il 15%, appariva elevato;
- d) si rimetteva al MIT l'opportunità di accertare la composizione della linea di ricavi e il grado di prevedibilità degli stessi, anche per ponderare adeguatamente il profilo del rischio effettivo con i guadagni attesi; e di valutare, altresì, la congruità dei rendimenti espressi dal Piano Economico Finanziario (PEF), ponderando tali valutazioni con la durata dello stesso;
- e) si rimetteva al MIT anche la valutazione di opportunità sul consentire al concessionario lo svolgimento di attività accessorie, rispetto ai servizi e lavori pubblici affidati, anche in termini di usura ed obsolescenza dei beni pubblici impiegati;
- e) si suggeriva una dettagliata regolazione delle modalità operative del servizio in grado di escludere un impatto negativo delle attività accessorie rispetto alla gestione dei servizi in concessione, con conseguenze anche sul piano delle penali e della risoluzione contrattuale;
- f) si suggeriva di allocare sul privato gli oneri di manutenzione straordinaria dell'immobile;
- g) con riguardo all'applicazione delle penali in fase di gestione, si consigliava al MIT di valutare la previsione di una soglia massima ai fini della risoluzione contrattuale;
- h) si richiedeva, infine, un approfondimento degli aspetti connessi alla compatibilità delle attività con il Regolamento GDPR e con il Codice del Consumo.

Rispetto a tale parere, il MIT richiedeva alla proponente la modifica della propria proposta progettuale, sulla base dei medesimi profili attenzionati dal DIPE.

Nel termine assegnato, precisamente in data 14.11.2018, la Dedem consegnava al MIT la proposta modificata accompagnata da una nota illustrativa di tutte le modifiche ed integrazioni apportate (doc. 6 ric.).

Successivamente, con email dell'11.12.2018 (doc. 7 ric.), il MIT chiedeva alla proponente, anche la trasmissione del Piano Economico Finanziario (PEF) modificato in formato elettronico ed editabile, con formule aperte e funzionanti. Tale richiesta veniva assolta in data 17.12.2018 (doc. 8 ric.).

Non avendo ricevuto riscontri successivi dal Ministero la proponente, dopo lungo lasso di tempo, in data 18.1.2019, richiedeva aggiornamenti in merito.

Soltanto con il provvedimento prot. U.0011646 del 10.04.2019, oggetto della presente impugnazione (doc. 1 ric.), il Ministero ha definitivamente negato la fattibilità del progetto non avendo riconosciuto il pubblico interesse nella proposta presentata.

In estrema sintesi, le motivazioni del diniego attengono ai seguenti profili:

- a) assenza di convenienza per l'Amministrazione;
- b) assenza del rischio operativo in capo al privato ai fini della configurazione di un contratto di PPP;
- c) impossibilità di concedere in uso gratuito al concessionario i locali per l'esercizio concomitante di attività commerciali;
- d) eccessiva durata della concessione;
- e) inopportunità dell'utilizzo dei beni della concessione per lo svolgimento di attività commerciali e lucrative.

2. Con atto notificato in data 10.5.2019 e depositato entro il termine di rito, il diniego predetto e gli ulteriori atti in epigrafe specificati sono stati impugnati dinanzi a questo TAR dalla società proponente Dedem S.p.a., che ritiene gli stessi illegittimi e gravemente lesivi.

3. Prima di procedere alla esposizione sintetica dei motivi di impugnazione giova riassumere i contenuti salienti della proposta-progetto di project financing presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 183, comma 15, del Decreto Legislativo 18 aprile 2016. n. 50.

La proponente, insieme agli altri soggetti componenti il costituendo RTI, mirava ad assumere il servizio di stampa e recapito/consegna delle patenti di guida e dei duplicati delle carte di circolazione (già gestito dalla medesima Dedem quale componente della compagine che era il gestore uscente), mediante l'adozione di una peculiare forma di Partenariato Pubblico Privato (PPP). Secondo tale proposta il servizio sarebbe stato gestito:

- acquisendo gratuitamente in uso i locali dell'Amministrazione dove viene attualmente svolto il servizio di stampa (sede del C.S.R.P.A.D.) ed utilizzando i relativi impianti e macchinari divenuti di proprietà dell'Amministrazione;
- eliminando, a beneficio del MIT, i costi di stampa, le spese per le utenze e quelle per il servizio di vigilanza fino ad oggi a carico del Ministero, mantenendo però quelli a carico del cittadino-utente per il recapito postale, con possibilità di un loro aumento in relazione agli indici di inflazione;
- affiancando, nello stesso spazio, al servizio svolto nell'interesse dell'Amministrazione, una propria e separata attività privata di tipo commerciale finalizzata alla produzione di carte plastiche (quali carte di credito, carte di fedeltà, carte SIM, carte contact o contactless);
- eseguendo interventi funzionali di adeguamento per l'espletamento del servizio, sulla struttura fisica dell'immobile, sui sistemi di gestione della produzione e di monitoraggio dei servizi, sui macchinari, sui sistemi di controllo degli accessi, di deposito dei materiali e di sicurezza più in generale, soprattutto al fine di rendere compatibile la produzione delle carte private con quella delle patenti e carte di circolazione;
- assumendo genericamente gli oneri per la manutenzione ordinaria e straordinaria, i cui interventi tuttavia non venivano puntualizzati nel concreto.

3. Avverso il provvedimento con cui il MIT ha negato l'approvazione del progetto sopra descritto la ricorrente ha formulato i motivi che di seguito vengono riassunti:

1) "Incompetenza. Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione del DPCM 72/2014 e del DM 346/2014": secondo la società ricorrente il provvedimento impugnato sarebbe viziato dall'incompetenza dell'organo che lo ha emesso, vale a dire il Direttore Generale della Direzione Generale per la Motorizzazione, il quale, a dire della istante, non era competente ad effettuare la valutazione di fattibilità tecnica ed economica della proposta e ad adottare il provvedimento finale di conclusione del procedimento. La determinazione finale, infatti, avrebbe dovuto essere adottata direttamente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il quale, nella persona del Ministro p.t., è "... attributario esclusivo della funzione di indirizzo politico, rappresenta l'unico centro di imputazione di competenze legittimato ad adottare l'atto conclusivo del procedimento, sia in senso positivo che in senso negativo."; parte ricorrente cita la "giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur declinata nell'ambito degli Enti Locali, [secondo cui] la decisione della rispondenza della proposta di finanza di progetto all'interesse pubblico spetta all'organo di governo dell'Ente cui la proposta medesima è indirizzata, mentre l'attività successiva concernente l'attivazione dell'evidenza pubblica spetta al Dirigente di reparto (cfr., C.d.S., sez. V, sentenza n. 2154/2011).".

2) "Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 166 e 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Difetto di motivazione": la Dedem denuncia l'illegittimità del diniego che le è stato opposto perché non preceduto da una richiesta al proponente, da parte del MIT, di effettuare le modifiche al progetto ritenute necessarie per poter pervenire ad una valutazione favorevole sul piano del pubblico interesse; ad avviso del ricorrente, infatti, seppur l'Amministrazione è dotata di un certo grado di discrezionalità nel valutare la fattibilità di un

progetto di PPP, non può però esimersi, in base alla norma di cui all'art. 183 d.lgs. n. 50 del 2016, da svolgere una valutazione in concreto, da riferire ai caratteri tecnici ed economici del progetto, la quale non dovrebbe trasmodare in una valutazione arbitraria;

3) “Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 181, comma 3, del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto”: con questo mezzo la ricorrente contesta, in quanto a suo dire infondata, l'affermazione ministeriale secondo cui la proposta non sarebbe “conveniente” per l'Amministrazione, la quale, tuttavia, non ha considerato gli elementi economici, di sicuro rilievo, del Public Sector Comparator e del Value For Money (VFM), che pure erano contenuti nella Proposta; la convenienza per il MIT sarebbe pienamente provata dal VFM positivo attestato dalla proponente nella sua proposta (doc. 4 ric.), valutazione in nessun momento contestata né dal MIT né dal DIPE. Il MIT, inoltre, avrebbe omesso del tutto di considerare che: la Proposta della ricorrente prevedeva l'assenza di costi a carico della parte pubblica; assicurava il risparmio dei costi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di revamping; le opere programmate sarebbero andate a costituire un beneficio aggiunto di cui l'Amministrazione si sarebbe potuta giovare anche nel futuro ben oltre la scadenza dell'instaurando rapporto; era prevista la “messa a nuovo” di tutte le macchine di produzione dedicate alla patenti sia all'inizio del periodo di concessione che a metà ed alla fine dello stesso, in modo da garantire l'efficienza delle stesse nello svolgimento dei due processi e lasciare, al termine della concessione, ancora una volta tutte le macchine in perfette condizioni (cfr. pag.13, 18-21 del PEF – docc. 4 e 6 ric.);

4) “Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. zz) ed eee), e 180 del d.lgs. 50/2016 nonché della direttiva 2014/23/UE. Violazione del principio del buon andamento dell'azione

amministrativa. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto”: parte ricorrente si duole dell’errore di valutazione in cui sarebbe incorsa la parte pubblica negando la sussistenza del “rischio operativo” che è necessario per la configurabilità di un contratto di partenariato pubblico privato; detto rischio emergerebbe invece dallo schema di convenzione, dalle caratteristiche del servizio e della gestione e dalla relativa matrice dei rischi;

5) “Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. zz) ed eee), e 180 del d.lgs. 50/2016 nonché della direttiva 2014/23/UE. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 9 della legge 537/1993. Violazione del principio del buon andamento dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto”: la Dedem contesta come infondata la deduzione del MIT circa l’illegittimità della concessione a titolo gratuito dei locali, per l’esercizio concomitante di attività commerciali di esclusivo interesse della proponente; si eccepisce, al riguardo, che l’utilizzo non è affatto a titolo gratuito, ma concesso a fronte dell’accollo da parte del privato di tutte le utenze e, soprattutto, degli oneri di riqualificazione e manutenzione ordinaria e straordinaria;

6) “Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. eee), e 168 del d.lgs. 50/2016 nonché della direttiva 2014/23/UE. Violazione del principio del buon andamento dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto”: si contesta come infondata e comunque immotivata in concreto l’affermazione ministeriale circa la pretesa illegittimità della durata prevista del contratto di partenariato pubblico privato;

7) “Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, lett. zz) ed eee), e 180 del d.lgs. 50/2016 nonché della direttiva 2014/23/UE. Violazione del principio del buon andamento dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà della motivazione, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto”: non appare motivata e suffragata da elementi o argomenti a supporto l’affermazione, contenuta nel provvedimento impugnato, relativa alla inopportunità dell’utilizzo dei beni della concessione per attività commerciali e lucrative;

8) “Violazione di legge – Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 10 bis della l. n. 241/90. Violazione delle norme sulla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo”: il provvedimento impugnato, infine, è da ritenere illegittimo a causa della carenza del preavviso di rigetto. Il provvedimento di diniego di fattibilità della proposta qui gravato sarebbe viziato a causa della violazione delle norme procedurali normativamente predeterminate in materia di procedimenti ad istanza di parte. In relazione a tale tipologia di attività, l’Amministrazione è tenuta, come è noto, a comunicare in anticipo ai privati i motivi ostativi all’adozione di un provvedimento positivo, al fine espresso di consentire agli stessi di presentare memorie ed osservazioni e per persuadere l’Amministrazione ad una diversa posizione, anche con scopi deflattivi del contenzioso.

4. Si è costituito per resistere al ricorso il MIT che, nella propria memoria difensiva, contesta in modo puntuale la fondatezza dei motivi impugnatori proposti e conclude per l’integrale rigetto del ricorso con il favore delle spese.

5. Con ordinanza cautelare n. 4968 del 19.7.2019 la Sezione ha respinto la domanda cautelare di sospensiva, “...considerato che con il provvedimento prot. U.0011646 del 10.04.2019, oggetto della presente impugnazione (doc. 1), il Ministero resistente ha negato la fattibilità ed il pubblico interesse della proposta presentata dalla società ricorrente, con articolata motivazione nella quale vengono menzionate circostanze ed argomenti [...]” e che “non

vengono allegati da parte ricorrente convincenti elementi atti a rappresentare, nella specie, il pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile per la ricorrente nel tempo necessario ad addivenire alla pronuncia di merito;..”.

6. Con atto depositato il 18.10.2019 parte ricorrente, alla luce di alcuni atti endoprocedimentali di cui ha avuto cognizione soltanto in corso di causa, ha proposto motivi aggiunti, ripercorrendo le medesime censure già esplicitate nel ricorso.

7. La società ricorrente ha successivamente prodotto ulteriori documenti.

La stessa ricorrente e il Ministero resistente hanno depositato memorie conclusionali. La società ricorrente ha ritualmente depositato note di replica mentre il Ministero resistente ha prodotto note di udienza con richiesta di passaggio della causa in decisione.

8. All'udienza del 2 dicembre 2020 la discussione orale si è tenuta con collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 4 del Decreto Legge 30 aprile 2020 n. 28 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 25 giugno 2020, n. 70, così come richiamato dall'art. 25 del Decreto Legge 28 Ottobre 2020 n. 137.

All'esito della discussione la causa è stata introitata in decisione dal Collegio.

9. L'operazione oggetto della proposta della Dedem S.p.a., in costituendo RTI con le società Muhlbauer ID Services GmbH, Nexive S.p.A. e Trust Technology Services S.r.l., è stata espressamente qualificata dalla proponente come Partenariato Pubblico Privato (PPP), nella forma del “Project Financing” ai sensi dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016. Come già anticipato nella superiore narrativa, l'attività progettata riguarda la gestione per la durata di 10 anni delle attività di personalizzazione, stampa, imbustamento/inscatolamento e consegna di patenti di guida e di duplicati delle carte di circolazione agli aventi diritto. Trattasi della fase finale di una attività prettamente pubblicitica ed esclusiva della pubblica amministrazione afferente al rilascio dei predetti titoli abilitativi, nel rispetto delle disposizioni del Codice della Strada. I servizi proposti dalla Dedem, nell'ambito della

suddetta attività autorizzatoria, costituiscono il tratto finale del procedimento amministrativo ed integrano gli aspetti procedurali volti al formale rilascio del titolo conseguito, per conferirgli certezza giuridica e renderlo opponibile erga omnes, nonché alla sua comunicazione/notifica al soggetto istante mediante consegna postale (trattasi di servizio finora affidato in appalto dal MIT). La peculiarità più evidente della proposta (per i cui restanti contenuti si rinvia a quanto già esposto al precedente par. 3) riguarda il fatto che, vicino alla predetta attività di interesse pubblico e di competenza del MIT, la Dedem intende affiancare una propria attività privata di tipo commerciale finalizzata alla produzione di carte plastiche (confezionamento di carte di credito, carte di fedeltà, carte SIM, carte contact o contactless), da offrire sul mercato alla propria clientela. A tal fine la società istante propone di utilizzare i medesimi locali di proprietà dell'Amministrazione dove continuerà ad essere svolta la produzione principale (presso sede del C.S.R.P.A.D., dove già attualmente, in base all'appalto ancora in corso, sono svolte le attività di stampa patenti per il MIT) e di impiegare a tale scopo di lucro gli stessi impianti e macchinari di proprietà dell'Amministrazione. La società istante mira pertanto ad organizzare e coordinare due cicli produttivi nettamente distinti (l'uno a scopo privato-commerciale, l'altro per l'erogazione del pubblico servizio di stampa e recapito patenti e duplicati carte di circolazione), avvalendosi in modo promiscuo della medesima struttura e dei medesimi impianti di proprietà pubblica. I vantaggi che il MIT dovrebbe ricavare dall'operazione sono individuati nella eliminazione dei costi di stampa, delle spese per le utenze e di quelle per il servizio di vigilanza i quali, mentre oggi sono a carico del Ministero, verranno assunti in "toto" dall'operatore privato. Calcolato in euro 0,40 il costo della stampa di una singola patente e in 7.500.000 il numero delle patenti da stampare in media per ciascun anno, è stato previsto dalla Dedem un risparmio per l'Amministrazione di circa euro 3.000.000,00 per anno (pari a 30.000.000,00 nell'arco dei dieci anni di durata del rapporto). A ciò si aggiungono i risparmi dei costi per le utenze (circa Euro 70.000,00

annui) anch'essi assunti integralmente dal raggruppamento futuro concessionario. Sono previsti poi dalla proponente dei risparmi “infrastrutturali” consistenti:

- nella retrocessione a titolo gratuito al MIT, al termine del rapporto concessorio, degli assets produttivi (macchinari e impianti), con l'ampliata dotazione, apportata dall'operatore, dei sistemi di stampa e di imbustamento (nella proposta si precisa che rimarranno, invece, nella piena proprietà del concessionario i macchinari in prevalenza destinati all'attività privata; v. progetto di fattibilità, pag. 70);

- nei lavori civili relativi alla sicurezza fisica e “logica” (sic) del Centro Stampa Patenti ed all'ammodernamento dei suoi impianti tecnologici, incluso il potenziamento del sistema di sorveglianza (vedi progetto di fattibilità DEDEM, “Conclusioni”). Verranno invece mantenuti i costi a carico del cittadino-utente per il recapito postale, con possibilità di un loro aumento in relazione agli indici di inflazione.

Nel contratto di PPP proposto, dunque, non vi è alcun pagamento a carico del MIT, mentre permangono dei costi a carico degli utenti per il servizio di recapito; il concessionario (vale a dire la Dedem ed i suoi futuri partners) prevede di raggiungere l'equilibrio economico-finanziario mediante i ricavi commerciali da conseguire nell'ambito del mercato delle carte plastiche, “con conseguente soggezione dello stesso al rischio di domanda” (vedi progetto di fattibilità, pagg 72 – 73).

10. Quanto alla natura giuridica dell'operazione, la proposta mira alla realizzazione di un partenariato pubblico privato (PPP), ai sensi dell'art. 181 d.lgs. n. 50 del 2016, avvalendosi, dal punto di vista procedurale, dello schema della finanza di progetto con proposta elaborata dal promotore privato, da porre a base del futuro bando di gara per la concessione del servizio, sulla base un dettagliato progetto di fattibilità (art. 183 d.lgs. cit., comma 15), destinato a confluire poi, in esito a procedura competitiva, in un contratto di concessione di servizi di cui all'art. 164 e ss. del d.lgs. n. 50/2016. E' in questi

termini che la proponente qualifica giuridicamente il futuro contratto, evidenziando che, nella specie, il contratto di concessione si presenta come misto, avendo ad oggetto sia l'esecuzione di lavori che l'erogazione di servizi; "tra le suddette prestazioni sussiste un vincolo di inseparabilità, in quanto la progettazione e la realizzazione di lavori sono strettamente connesse e funzionali all'erogazione dei servizi, richiedendo necessariamente un coordinamento unitario nell'esecuzione delle varie prestazioni oggetto di contratto..."; inoltre, poiché i servizi all'utenza (stampa/recapito patenti e duplicati carte di circolazione) sono prevalenti sull'attività di progettazione ed esecuzione di lavori presso la struttura produttiva e poiché i servizi stessi sono "le prestazioni caratterizzanti l'oggetto principale del contratto" (vedi progetto di fattibilità, pagg. 67 e 68), la concessione deve qualificarsi come contratto di concessione di servizi ai sensi dell'art. 169 e ss. del Codice dei contratti pubblici.

11. Dopo avere premesso i fondamentali contenuti economici e giuridici dell'operazione oggetto del progetto di fattibilità della Dedem, il Collegio può ora affrontare il primo motivo di ricorso nel quale, come visto, la società ricorrente deduce l'incompetenza della Direzione Generale che ha adottato il provvedimento negativo, in quanto, ad avviso della stessa ricorrente, si avrebbe a che fare, nella specie, con un atto di carattere programmatico, di competenza dell'organo di indirizzo politico-amministrativo, cioè dello stesso Ministro.

Il Collegio non condivide la lettura di parte ricorrente.

Si deve infatti partire dal considerare il carattere generale delle attribuzioni spettanti del ceto dirigenziale, il quale è ben delineato dall'art. 4, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 a mente del quale "2. Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via

esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.”. Il successivo comma 3 aggiunge che “3. Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.”.

A ciò si contrappongono le funzioni di “indirizzo politico-amministrativo” che sono le sole rimaste nella titolarità esclusiva del Ministro e vengono definite con individuazione tipica degli atti spettanti “in proprio” ed in modo esclusivo all’organo ministeriale, in quanto espressione dei poteri di normazione secondaria, di indirizzo generale, di programmazione, di ripartizione delle risorse umane e materiali tra le diverse direzioni di livello generale, di nomina apicale (vedi quanto prevede al riguardo il comma il comma 1 dell’art. 4 cit.).

Non sembra potersi dubitare, pertanto, della natura “amministrativa” e non di “indirizzo politico-amministrativo” che connota la decisione pubblica relativa alla scelta della modalità con la quale gestire un determinato servizio, quale è nella specie la stampa ed il recapito delle patenti di guida, che è “ex lege” di competenza ministeriale e, sempre per legge, ad erogazione obbligatoria e di spettanza pubblica esclusiva, nel senso che spetta all’Amministrazione la scelta del “come” gestire tale servizio, avendo essa la possibilità, sulla base dei principi che regolano gli affidamenti pubblici anche a livello europeo, di scegliere con ampia discrezionalità se assumere il servizio in prima persona mediante le proprie strutture oppure affidarlo mediante “in house providing”, ovvero mediante procedura di appalto oppure, infine, farne oggetto di un contratto di concessione (come nella proposta della odierna ricorrente).

L’ampia discrezionalità tra le diverse alternative concerne in ogni caso il modo di affidamento e gestione del servizio (quindi “il come”) e, dunque, tale scelta appare estranea alle funzioni ministeriali apicali di indirizzo a cui fa riferimento il comma 2 dell’art. 4 d.lgs. n. 165/2001. Nella specie, in particolare, la valutazione di fattibilità sulla proposta della odierna ricorrente concerneva l’affidamento dello specifico servizio per cui è causa secondo lo

schema del PPP, sulla base di un progetto proposto ai sensi dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, da un operatore privato, da affidare in concessione ai sensi degli artt. 164 e ss. d.lgs. n. 50 cit.. Si trattava quindi, per il Ministero resistente, di svolgere una valutazione istruttoria propedeutica al successivo affidamento di uno specifico servizio che non è, nel "se" del suo svolgersi, oggetto di scelta, nel senso che l'attribuzione del servizio costituisce, come già sopra rilevato, la fase finale (di documentazione e recapito) di una attività doverosa di cui l'Amministrazione è titolare "ex lege" e dalla quale non si può esimere, ferma restando l'ampia discrezionalità sul "quomodo" del servizio stesso. Quest'ultimo profilo consente di non cadere nell'errore "nominalistico" a cui potrebbe condurre la lettura del comma 15 dell'art. 183 del Codice dei contratti pubblici laddove prevede che "[...] Il progetto di fattibilità eventualmente modificato, qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, è inserito in tali strumenti di programmazione ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti;Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente.". Ad avviso del Collegio la norma intende riferirsi non al "progetto di fattibilità" in quanto tale, ma al suo oggetto (l'opera e/o il servizio, a seconda dei casi) che deve essere inserito nei programmi di attività di competenza del Ministero "qualora non sia già presente negli strumenti di programmazione". Tale momento programmatico, viceversa, è del tutto superfluo per un servizio che, come detto, costituisce un servizio doveroso ed esclusivo che la fonte primaria conferisce al MIT, al quale, spetta invece, fisiologicamente, la sola valutazione delle modalità secondo cui espletarlo e quindi anche la valutazione di fattibilità di quel peculiare "modo" ad iniziativa privata costituito dal PPP, come delineato dal combinato disposto dell'art. 180 e dell'art.183 del d.lgs. n. 50/2016. La valutazione in esame è valutazione sulla modalità, al pari delle valutazioni che possono cadere sulle altre modalità alternative disponibili di

gestione del servizio, in base al Codice dei contratti pubblici, ivi compresa la possibilità di assunzione del servizio in proprio; trattasi, quindi, di competenza che esula dalle attribuzioni di programmazione nella titolarità del Ministro e dalla funzione di indirizzo politico-amministrativo al medesimo spettante ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016.

In quanto attività amministrativa, dunque, la valutazione di fattibilità è stata a giusto titolo posta in essere dalla Direzione Generale della Motorizzazione Civile del MIT.

12. Per una adeguata disamina dei restanti motivi, i quali si riferiscono tutti al momento propriamente valutativo del provvedimento impugnato, il Collegio muove dalla considerazione del fatto che, nella specie, il MIT godeva di un assai ampio potere discrezionale nell'assumere la decisione, trattandosi, essenzialmente, di decisione afferente al merito amministrativo in termini di "sostenibilità economico-finanziaria" ed "economico-sociale" dell'operazione. Viene qui in considerazione, infatti, l'art. 181, commi 1-3, del d.lgs. n. 50 del 2016 il quale, nell'ambito del titolo espressamente dedicato al partenariato pubblico privato, ai fini dell'affidamento del contratto prevede che: "1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.

3. La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto. [...]".

La decisione del MIT contestata dalla società ricorrente si colloca nella fase di cui al comma 3 che precede, la quale è diretta all'istruttoria destinata alla valutazione di fattibilità (o non fattibilità) del progetto, la quale è ovviamente anteriore alla decisione di indizione della procedura comparativo-competitiva, destinata all'individuazione del soggetto contrattuale che realizzerà quanto dedotto nel progetto. Tale fase anteriore alla (eventuale) procedura selettiva, come detto, è connotata da ampi margini di discrezionalità amministrativa e comporta altresì, sotto i profili menzionati dallo stesso art. 181 comma 3 cit., anche valutazioni a carattere tecnico-economico.

Il primo segmento procedimentale del cd. "project financing", invero, si connota non già in termini di concorsualità, id est di gara comparativa finalizzata alla individuazione di un vincitore; in questa fase, al contrario, ciò che rileva è esclusivamente l'interesse della Amministrazione ad includere le opere e i servizi come proposti dal privato, all'uopo nominando "promotore" il soggetto imprenditoriale il cui progetto sia risultato maggiormente aderente ai desiderata e agli interessi dell'Ente.

Può dirsi, in altri termini che "...gli interessi privati rimangono, per così dire, sullo sfondo, non essendosi ancora entrati nella fase della procedura pubblica di selezione finalizzata a consentire alle imprese interessate il conseguimento del sostanziale bene della vita, costituito dalla aggiudicazione di una pubblica commessa.

[...] Rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicistici, la complessiva disciplina dell'istituto del project financing si contraddistingue proprio perché la fase di iniziativa non è assunta dall'Amministrazione stessa –con valutazioni prodromiche alla decisione di indire gare pubbliche che, normalmente, rimangono nella "sfera di signoria" di essa Amministrazione, non incidendo in sfere soggettive "terze"- bensì dal privato, i cui progetti e le cui proposte necessitano, dunque, di essere "introitate" e fatte proprie dalla Amministrazione, in quanto reputate coerenti e confacenti con gli indirizzi

programmatici e le esigenze pubbliche di cui sono istituzionalmente portatrici.

Trattasi, indi, di valutazione per sua stessa natura connotata da ampi margini di discrezionalità, ciò che ha indotto di recente il Supremo Consesso, ad esempio, ad escludere che, anche una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta del privato e individuato il promotore, l'Amministrazione sia tenuta a dare corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione, “posto che, da un lato, 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, dall'altro, 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” (CdS, V, 23 novembre 2018, n. 6633)...” (TAR Lombardia, Milano, 1 aprile 2019, IV, n. 696 del 2019).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato (v., ex multis Cons. Stato n. 6633 del 2018 cit.) 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).

Pertanto “... 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 finanche 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).[...] (Cons. Stato, sez. V. n. 6633/2018).

Ne consegue, a maggior ragione, che debbano ritenersi ancor più ampi i margini di discrezionalità che connotano la fase “preventiva” della individuazione del progetto e della sua collocazione nell’alveo dei pubblici interessi.

13. Muovendo da questa impostazione, del tutto condivisibile, dell’istituto, il Collegio ritiene che parte ricorrente, con le censure proposte non prospetta, in realtà – come sarebbe stato invece necessario - evidenti vizi di ragionevolezza, perplessità, logicità - ovvero, altre figure sintomatiche di eccesso di potere- che affliggerebbero l’agere della Amministrazione. La ricorrente, infatti, si limita ad esaminare i singoli elementi progettuali proposti e valutati in termini negativi (o comunque critici dall’Amministrazione), al fine di avvalorarne la tesi della massima “convenienza” per l’Amministrazione, in un’ottica che, tuttavia, è di stampo prettamente economico, in quanto diretta a rimarcare il risparmio di spesa per la

produzione delle patenti, di cui il Ministero avrebbe beneficiato, avvalendosi del progetto proposto dalla Dedem S.p.a..

Tuttavia il MIT, con un'istruttoria che si è rivelata approfondita sia negli aspetti tecnico-economici, sia in quelli giuridici (si veda, al riguardo, l'approfondito parere del DIPE) ha correttamente esteso la propria indagine a profili di illegittimità e/o inopportunità, di più ampio spettro che vanno oltre il mero dato del risparmio di cassa, il quale non può assurgere a parametro unico ed assorbente della valutazione.

Si legge, infatti, nella motivazione del provvedimento impugnato che “il modello organizzativo dei servizi proposto non comporta particolari vantaggi o migliori condizioni di esercizio tali da renderlo preferibile rispetto ad altri istituti ordinamentali [...] nel suo complesso la proposta, per le modalità indicate, comporta l'esercizio di un'attività sovradimensionata rispetto ai bisogni ed alle utilità attese dall'amministrazione ed implica una serie di interventi di adeguamento, di gestione e di manutenzione che non sembrano arrecare valore aggiunto ai servizi pubblici da affidare né compendio dei beni strumentali per essi strettamente necessario”.

Come già esposto nella superiore narrativa le criticità già rilevate dal parere dal DIPE n. 36265 del 26.10.2018 (doc. 2) e confermate dal diniego finale del MIT, concernono aspetti non secondari del progetto e certamente rientranti nell'alveo degli elementi valutabili dall'Amministrazione nell'ambito di una indagine ad ampio spettro e connotata da elevato livello di discrezionalità, quale è quella afferente alla fattibilità ai sensi dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

Come già esposto nella superiore narrativa il MIT ha motivato in ordine ai seguenti elementi negativi di valutazione (vedi doc. 1 ric.):

- “[...] non risulta chiara la destinazione finale delle opere di nuova realizzazione funzionali al processo produttivo delle carte private, quali il caveau, la bussola antirapina, il sistema controllo accessi (comprensivo del sistema di riconoscimento facciale) ed il sistema di supervisione, le quali ove

dovessero restare in mano pubblica, comporterebbero dei costi per la manutenzione delle opere e per il canone per il mantenimento della licenza d'uso dei software, nel caso in cui si opti per la loro conservazione, oppure costi per il loro smantellamento e per la ristrutturazione degli ambienti interni, nel caso in cui si opti per la dismissione delle suddette opere.[...]
(provvedimento impugnato pagg. 5-6);

- vi è un profilo di criticità, in termini di non compatibilità con il principio di fruttuosità dei beni pubblici di cui all'art.9 della legge 24 dicembre 1993 n. 537 e alla loro utilità pubblica, della programmata concessione in comodato d'uso gratuito dei beni pubblici di proprietà del concedente, per la loro utilizzazione, da parte del concessionario, a fini commerciali privati (prov. imp. pag. 6);

- sembra assente un effettivo rischio operativo ai sensi dell'art.3, comma 1, lett. zz) del d.lgs. n. 50/2016, in quanto, come già rilevato dal DIPE, esso è escluso dalla prevedibilità di ricavi costanti e sicuri derivanti dalla domanda del servizio (fornitura di patenti e duplicati di carte di circolazione) da parte dell'utenza, alla luce dei dati degli anni precedenti e della stessa previsione economica basilare dell'intero progetto, che si incentra su una quantità di circa 7.500.000 titoli da stampare annualmente per l'intero decennio; pertanto i guadagni attesi dalla "spese di recapito" appaiono sottratti al rischio di domanda e, conseguentemente, non consentono l'adeguata configurazione dell'ipotizzato modello concessorio alla luce del citato art.3, comma 1, lett. zz) del d.lgs. n. 50/2016, che non può prescindere da un certo grado di alea imprenditoriale (prov. impugnato, pag. 6);

- nel parere interlocutorio del DIPE, inoltre, si invitava l'Amministrazione a ben accertare la componente e quantità dei ricavi attesi, non solamente sotto il profilo dei rischi operativi, ma anche ai fini della durata del rapporto, in quanto ai sensi dell'art.168 del d.lgs. n. 50/2016, per le concessioni ultraquinquennali, "la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti

insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli obiettivi contrattuali specifici....”;

- il medesimo parere invitava, altresì, a valutare il potenziale significativo impatto delle attività commerciali sull'utilizzo dei beni pubblici con riguardo alla loro usura ed accelerata obsolescenza.

In un passaggio centrale della motivazione il provvedimento evidenzia quanto segue:

“Tutto ciò [vale a dire il fatto che i risparmi di spesa per l'Amministrazione verrebbero erosi dalla concessione in uso a titolo gratuito dei locali e degli impianti tecnologici in qualità di beni strumentali per l'esercizio dell'attività, esponendo in tal modo i suoi asset economici ad un aggravio di attività ed ad una accelerata obsolescenza] non può ritenersi neppure bilanciato dagli interventi di adeguamento e di manutenzione straordinaria ed ordinaria sui detti beni, in quanto gli stessi in larga parte sono destinati a rendere compatibile l'attività privata con quella attinente il servizio pubblico, per consentirne l'esercizio e l'operatività e per separarne i flussi di output. Per quest'ultima esigenza codesto raggruppamento propone di sostituire l'attuale sistema integrato di monitoraggio (SIM) con un nuovo sistema di monitoraggio avanzato (SMAZ), all'interno del quale mediante il gestore di interazione dei sistemi (GIS) i rispettivi flussi potranno confluire, allo scopo di far interagire i due processi produttivi, di gestione e di reportistica. Sotto tale aspetto si nutrono delle perplessità in quanto si tratta di un sistema nuovo rispetto a quello ormai consolidato, che già a suo tempo, nella fase di avvio, aveva presentato diversi problemi risolti poi nel tempo. Pertanto, in funzione della sola attività legata ai servizi specifici di questa Amministrazione, gli investimenti previsti non forniscono valore aggiunto alla capacità produttiva degli impianti, ma ne sfruttano la potenzialità del ciclo produttivo, già superiore alle necessità, anzi, con riferimento al nuovo sistema di monitoraggio proposto, potrebbero addirittura pregiudicarne l'operatività. Peraltro, sul piano pratico della effettiva conduzione dei servizi, in

conseguenza dell'attività promiscua, le sopra richiamate esigenze di sicurezza potrebbero essere esposte a rischio, se si tiene conto della possibilità di un uso indebito delle informazioni e dei dati personali (foto, nominativi ed indirizzi anagrafici) rinvenibili dagli esemplari delle patenti e delle carte di circolazione, in collegamento con la produzione di carte private che, per la loro tipologia, vengono generalmente fornite e rese circolanti nei settori dei pagamenti elettronici, delle fidelizzazioni commerciali, delle identificazioni digitali per le operazioni da remoto o su web, etc.”.

Le censure di parte ricorrente non paiono in grado di superare i plurimi argomenti che il MIT ha posto alla base della non fattibilità del progetto. In particolare non vengono scalfiti dalle censure ricorsuali i profili da ultimo evidenziati, rispetto ai quali la proponente non ha fornito garanzie adeguate: - rischio di obsolescenza accelerata degli assets produttivi in mano pubblica, in quanto verranno sottoposti ad un uso intensivo e promiscuo che va ben al di là delle esigenze pubblico del servizio; rischio “privacy” connesso ad un possibile uso indebito delle informazioni e dei dati personali (foto, nominativi ed indirizzi anagrafici) rinvenibili dagli esemplari delle patenti e delle carte di circolazione, in collegamento con la produzione di carte private; - interventi di adeguamento e di manutenzione straordinaria ed ordinaria sui beni pubblici, non corrispondenti ad un interesse pubblico effettivo, in quanto gli stessi in larga parte sono destinati a rendere compatibile l'attività privata con quella attinente il servizio pubblico, per consentirne l'esercizio e l'operatività e per separarne i flussi di output.

In definitiva può dirsi che le valutazioni operate dalla Amministrazione - connotate dai cennati, ampi, margini di discrezionalità- non sono state condotte in violazione dei canoni di logicità e ragionevolezza. Tanto meno la stessa appare essere incorsa in errori o travisamenti di fatto dirimenti, tenuto anche conto del fatto che trattasi di determinazione pluristrutturata sul piano della motivazione, sicché la carenza di un singolo argomento tra i molteplici utilizzati non determina di certo la caduta dell'intero provvedimento, stante la

pluralità e serietà degli argomenti addotti, che provano l'effettività della disanima e la razionalità della decisione negativa, sul piano della convenienza/opportunità per l'Amministrazione, da ricostruire, come già detto, non in termini meramente economici.

Nessuna delle censure afferenti alla valutazione di merito supera gli argomenti dianzi esposti.

14. Dirimente appare, in ogni caso, il mancato trasferimento di un effettivo “rischio operativo” in capo al futuro concessionario, profilo che viceversa assume ruolo centrale e necessario nel modello concessorio alla cui attuazione il progetto di fattibilità della Dedem mira (come si è visto è la stessa proponente a qualificare il contratto da affidare come “concessione di servizi” ai sensi dell'art. 169 d.lgs. n. 50/2016). Al riguardo il MIT ha osservato come, dallo stesso conto economico previsionale inserito nel Piano economico-finanziario (PEF) della proponente, i ricavi originati dalla produzione delle patenti e dei duplicati delle carte di circolazione sono di gran lunga superiori (oltre l'80%) a quelli derivanti dalle carte private (il dato non viene smentito dalla società ricorrente). Ciò conduce ad escludere quel rischio operativo “di domanda” che deve invece necessariamente sussistere in un modello concessorio quale quello escogitato dalla Dedem, nel quale la sostenibilità del piano economico e l'equilibrio finanziario sono assicurati, in misura nettamente prevalente, dai ricavi che l'operatore genererà dalla fornitura delle patenti all'utenza.

Trova pertanto applicazione l'art. 165, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale “1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), 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 zz) 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...”.

Ai sensi del citato art. 3, comma 1, lett. zz), il «rischio operativo» è “...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 subito dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile;...”.

Orbene:

- di fronte ad una domanda di titoli abilitativi che negli anni si è mantenuta sempre su numeri alti e senza fluttuazioni sostanziali (come si evince dal numero, indicato nello stesso progetto Dedem, dei richiedenti patenti di guida negli anni anteriori alla presentazione del progetto e come si desume dalla stessa programmazione di un numero di circa 7.500.000 titoli annui);
- di fronte ad un servizio che verrebbe svolto in via esclusiva e “monopolistica”, del tutto sottratto a dinamiche concorrenziali per un intero decennio;

il Collegio ritiene che il rischio di domanda, nei termini definiti dalla lett. zz) dell'art. 3, è del tutto assente, in quanto, al contrario di quanto richiede la norma citata, deve ritenersi che il rischio operativo, nella specie, sia tale che “in condizioni operative normali” - per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili - è garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. Date le condizioni dianzi riferite del servizio, deve ritenersi che il

recupero dell'investimento sia garantito al futuro concessionario, atteso che esso, nella sua posizione di forza di fornitore unico dello specifico servizio, non appare esposto in modo significativo alle fluttuazioni del mercato.

E' vero che, oltre a quello di domanda, possono essere in astratto individuati ulteriori rischi operativi da modulare in relazione ai diversi tipi di concessione ipotizzabili (rischio di costruzione, rischio di disponibilità, il quale può riguardare il lato dell'offerta)

Ma tali ipotesi alternative, oltre a non essere state dimostrate dalla società ricorrente, non si verificano nella specie dovendosi qualificare la concessione prefigurata come "di servizi" e venendo, dunque, in rilievo la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. vv), d.lgs. n. 50/2016, a mente della quale quello di concessione di servizi è "un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi". Quindi non un qualsiasi rischio rileva, ma quello legato alla gestione del servizio, il quale trova nel rischio di domanda, legato alle dinamiche del mercato, la sua connotazione tipica.

Giova rammentare, al riguardo, che, secondo la "communis opinio", il rischio operativo, per definirsi tale, deve derivare da fattori al di fuori del controllo dell'operatore (vedi Considerando n. 20 della Direttiva 2014/23/UE) mentre rischi legati alla cattiva gestione del servizio o ad inadempimenti contrattuali o all'organizzazione interna di impresa non assumono alcuna rilevanza "tipizzante" rispetto alla concessione, mentre non appare ipotizzabile, in condizioni normali, rispetto al progetto proposto, un rischio di disponibilità con riguardo ai fattori produttivi.

Ne deriva che, anche sotto tale specifico aspetto (motivo n. 4), il ricorso è infondato.

15. Non merita accoglimento, infine, il motivo ottavo attinente al mancato rispetto delle garanzie partecipative.

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, per quanto poc'anzi rilevato circa l'assenza di una effettivo “rischio operativo”, il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso, in quanto, l'operazione economica proposta non determinava alcuna traslazione dei rischi in capo all'odierna ricorrente, 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).

16. In definitiva quanto esposto nei paragrafi che precedono è sufficiente a dimostrare l'infondatezza del ricorso che è pertanto da respingere.

Non conduce a diversa conclusione quanto esposto da parte ricorrente (nel motivo n. 2) in ordine alla mancata concessione alla Dedem della possibilità di meglio articolare e, ove necessario, modificare la proposta già presentata, onde superare le criticità evidenziate dal DIPE. In realtà una prima possibilità di arrecare modifiche e adattamenti è stata concessa dal MIT a seguito del parere del DIPE, tempestivamente reso noto alla proponente. In ogni caso il testo dell'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, prevede soltanto che “l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione”. Trattasi, pertanto, di facoltà e non di dovere ed il mancato esercizio della facoltà, nella specie, non appare censurabile neanche sotto il profilo dell'eccesso di potere o del difetto di motivazione, atteso che di fronte ad una

pluralità di elementi, contenuti nella proposta, critici ovvero inopportuni oppure decisamente illegittimi, non può ritenersi censurabile la scelta dell'Amministrazione di non addivenire all'ammissione del progetto.

Il ricorso, nel suo complesso, è dunque da respingere.

17. Uguale sorte meritano i motivi aggiunti.

Anche volendo prescindere dalla loro inammissibilità, pur eccepita dalla difesa erariale in quanto essi investono atti endo-procedimentali privi di autonoma lesività (nota MIT prot.n. 24714 del 31 luglio 2018; nota DIPE prot.n. 4255-P-del 20 agosto 2018; nota DIPE prot.n. 386-P-del 24 gennaio 2019 e parere allegato alla stessa), i motivi aggiunti sono comunque infondati per le stesse ragioni già esposte poiché richiamano gli stessi vizi formulati con il ricorso principale, concernenti le contestazioni avverso il provvedimento finale.

18. In conclusione: vanno integralmente respinti sia il ricorso principale che i motivi aggiunti proposti da Dedem S.p.a..

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge sia il primo che i secondi.

Condanna Dedem S.p.a. alla refusione degli onorari e dei diritti di lite in favore del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, che liquida in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori tutti di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020, tenuta mediante collegamento in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28.10.2020 n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere

Claudio Vallorani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Claudio Vallorani

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO