

Pubblicato il 14/11/2025

N. 08928/2025REG.PROV.COLL.
N. 03025/2025 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 3025 del 2025, proposto da M.P.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B27A591190, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Storoni, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Napoli in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sicurezza e Ambiente Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Pier Paolo Nocito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania
(Sezione Quarta) n. 00382/2025, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Napoli e di Sicurezza e Ambiente Spa;

Visto l'appello incidentale di quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2025 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Corbyons, Antonio Andreottola, Paolo Clarizia e Pier Paolo Nocito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha dichiarato inammissibili il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti proposti dalla società M.P.M. s.r.l. (di seguito, anche MPM) contro il Comune di Napoli e nei confronti della Sicurezza e Ambiente s.p.a. (di seguito, anche SeA) per l'annullamento:

- della determinazione del Servizio Attività Amministrativa dell'Area Sicurezza del Comune di Napoli n. 1013E n. 005 del 4.7.2024, in pubblicazione all'Albo Pretorio dall'11.7.2024, con la quale è stata indetta una procedura di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli artt. 71, 108, comma 1, e 193 del D. Lgs. 36/2023 per l'affidamento in concessione, con la formula della finanza di progetto e contestuale assegnazione del diritto di prelazione al promotore ai sensi dell'art. 193 del D. Lgs. 36/2023, dei *"Servizi di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità stradale mediante pulitura, reintegro delle matrici ambientali ed eventuale manutenzione straordinaria della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da incidenti, e rimozione trasporto e consegna ad un centro di raccolta di veicoli abbandonati"* per la durata di anni cinque, valore stimato della concessione e del contratto di € 4.788.000,00, IVA esclusa, CIG: B27A591190;

- nonché di ogni altro atto e provvedimento presupposto, consequenziale e comunque connesso e/o collegato, anche non conosciuto, e relativo alla procedura ivi compresi, in particolare e per quanto occorra:
- gli atti di gara (Disciplinare di Gara e Prestazionale, Bozza di Convenzione, Proposta di Iniziativa Privata, Asseverazione e PEF, DUVRI) allegati alla predetta determinazione 1013E/2024 ed approvati con la stessa;
- i verbali del tavolo tecnico e della riunione monotematica convocata presso la Direzione Generale del Comune dell'8.11.2022 e del 20.12.2022 per la valutazione della proposta di iniziativa privata presentata da SeA ai sensi dell'allora vigente art. 183, comma 15, del D. Lgs. 50/2016 con pec del 4.8.2022 e modificata, su richiesta degli Uffici, con ulteriore pec del 7.12.2022, nonché le relative note di trasmissione;
- la nota del Comune del 1.7.2023 prot. PG/23/762190 del 1.7.2023, con la quale, ai fini dell'approvazione del progetto da parte della Giunta Comunale, è stato chiesto all'operatore di adeguare tutti i documenti trasmessi alla luce del sopravvenuto D. Lgs 36/2023 e di ritrasmettere gli atti aggiornati, nonché la pec del 3.10.2023 con la quale SeA ha trasmesso gli elaborati aggiornati;
- la deliberazione di Giunta Comunale del 21.7.2023 n. 247, con la quale è stata proposto al Consiglio Comunale di affidare in concessione il servizio in oggetto e la successiva deliberazione di Consiglio Comunale del 2.8.2023 n.54;
- la deliberazione di Giunta Comunale del 21.12.2023 n. 513, con la quale è stato dichiarato l'interesse pubblico e la fattibilità della proposta ai sensi del sopravvenuto art. 193 del D.Lgs. 36/2023, già formulata da SeA con pec del 4.8.2022 e dalla stessa adeguata con pec del 3.10.2023 all'esito dell'entrata in vigore del suddetto D. Lgs. 36/2023 e della nota del Comune del 1.7.2023, PG/23/762190;
- gli atti con i quali l'intervento proposto da SeA è stato inserito nella programmazione triennale degli acquisti di beni e servizi;
- la nota del Comune prot. PG/2024/201609 del 1.3.2024, diretta al Servizio Gare Forniture e Servizi – Area Centro Unico Acquisiti e Gare (CUAG) con

la quale è stata validata la procedura di scelta del contraente e valutazione degli atti predisposti dal Servizio Attività Amministrative dell'Area Sicurezza;

- il parere favorevole del CUAG sulla procedura trasmesso il 5.3.2024, prot.PG/208172;

e con i motivi aggiunti:

- la nota del Comune di Napoli del 9.08.2022, prot. 606897.

I fatti rappresentati dalla ricorrente MPM e le deduzioni di quest'ultima – dopo avere premesso di essere una società che svolge in tutto il territorio nazionale il servizio di ripristino post incidente delle condizioni di sicurezza stradale, mediante pulizia della piattaforma stradale e delle pertinenze, nonché di reintegro delle matrici ambientali a seguito del verificarsi di incidenti stradali, sulle strade di competenza di Pubbliche Amministrazioni; servizio, che viene svolto in concessione di servizi, ex art. 176 ss. del D. Lgs. 36 del 2023, in tutta Italia, da non più di cinque/sei operatori specializzati, tra cui la ricorrente MPM e Sicurezza e Ambiente, e viene operato mediante la stipula dei cd. contratti di governance, ossia dei contratti atipici, ritenuti ammissibili anche dalla giurisprudenza, con i quali operatori locali mettono a disposizione delle società operanti a livello nazionale personale e mezzi, per la costituzione dei Centri Logistici Operativi (CLO) per la specifica commessa – sono riassunti come segue nella sentenza gravata:

- con la determinazione n. 1031E/2024, il Comune di Napoli ha indetto la procedura selettiva, sulla base del paradigma di cui all'art. 193 del Codice dei Contratti, ossia mediante lo strumento della cd. finanza di progetto, secondo cui a base di gara viene posto un progetto di fattibilità - corredato degli elaborati indicati nel secondo comma del suddetto art. 193 - redatto da un operatore economico (nel caso di specie Sicurezza e Ambiente) e preventivamente dichiarato di pubblico interesse dalla stazione appaltante, ai sensi del suddetto comma;

- l'art. 193, comma 8, prevede che il promotore non aggiudicatario possa esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il

diritto di prelazione, e divenire a sua volta aggiudicatario: nel caso di specie l'art. 20, comma 2, del disciplinare di gara allegato alla determina impugnata (doc. 8 del ricorso) contempla, appunto, il diritto di prelazione, in favore del promotore;

- il ricorso alla finanza di progetto, da un lato, risulterebbe incompatibile con la concessione di servizi messa a gara, e dall'altro, porrebbe rilevantissimi problemi, in ordine alla corretta regolamentazione della concorrenza negli affidamenti di servizi, in quanto il project financing e la prelazione verrebbero utilizzati, da Sicurezza e Ambiente, per precostituire una posizione di vantaggio sugli altri operatori, in un ambito che nulla avrebbe di innovativo o di preminente interesse generale, e che, pertanto, non sarebbe riconducibile all'ambito tipico del project financing (invoca, sul punto, il comunicato del Presidente ANAC del 12.1.2022, sul possibile effetto distorsivo derivante dal diritto di prelazione: doc. 2 del ricorso);

- l'avviso di gara del Comune di Napoli, come strutturato, recherebbe in radice un effetto sostanzialmente escludente, nei confronti di MPM, distorcendo la concorrenza e favorendo la creazione di una posizione monopolistica; dal che la legittimazione all'impugnativa immediata degli atti di indizione della gara, oltre che della delibera di Giunta Comunale n. 513/2023, che ha dichiarato l'interesse pubblico della proposta;

- inoltre l'importo della concessione *de qua agitur*, di durata quinquennale sarebbe stato impropriamente quantificato in € 4.788.000,00, inferiore alla soglia comunitaria di € 5.382.000 di cui all'art. 14, comma 1, lett. a) del D. Lgs. 36/2023, in tal modo eludendo l'applicazione alla fattispecie della direttiva 2014/23/CEE, che non consente previsioni potenzialmente discriminatorie tra operatori economici, mediante strumenti giuridici come la prelazione;

- con i motivi aggiunti, depositati il 2 ottobre 2024, al fine di impugnare la nota del 9 agosto 2022 sopra specificata, MPM ha dedotto infine che solo apparentemente si sarebbe trattato di una proposta ad iniziativa privata e che,

peraltro, provenendo dal gestore uscente sarebbe stata favorita dalla posizione di vantaggio di quest'ultimo.

1.2. Il Tribunale -dopo aver dato atto dei provvedimenti cautelari di primo e di secondo grado, con i quali era stata respinta l'istanza cautelare della ricorrente- ha deciso come segue sulle eccezioni preliminari proposte dalla parte resistente e dalla controinteressata:

- a) ha escluso l'onere dell'immediata impugnazione da parte della ricorrente della delibera della Giunta Comunale del 21 dicembre 2023 n. 513; pertanto, l'eccezione di irricevibilità del ricorso, siccome notificato solo in data 23 agosto 2024, sollevata dalla controinteressata, è stata ritenuta infondata e quindi respinta;
- b) sempre in rito, ha però reputato inammissibile il gravame, “*per difetto di interesse attuale*”, in primo luogo perché la lesività del diritto di prelazione a favore del promotore, posta a fondamento del ricorso, “*postula che il promotore stesso (nella specie, la controinteressata SeA S.p.A.), ai sensi dell'art. 193, co. 8, d.lgs. n. 36/2023, non risulti aggiudicatario; circostanza, allo stato, del tutto incerta*” (punto 5 della sentenza);
- c) ancora, il ricorso e i motivi aggiunti sono stati ritenuti inammissibili per carenza di legittimazione ad agire perché la ricorrente non ha partecipato alla fase ad evidenza pubblica preordinata alla selezione del concessionario, non potendo perciò vantare alcuna posizione differenziata che la legittimasse a proporre ricorso avverso gli esiti della selezione (punto 6 della sentenza);
- d) infine, si è ritenuto che detta inammissibilità per carenza di legittimazione ad agire ridondasse in inammissibilità per difetto di interesse, in quanto, ove in ipotesi il ricorso fosse stato accolto, con conseguente travolgimento dell'intera procedura di project financing e della successiva fase di scelta del concessionario, il Comune avrebbe potuto indire una nuova procedura ad iniziativa pubblica ovvero la controinteressata avrebbe potuto presentare una nuova proposta (punto 6.1 della sentenza).

1.3. In conclusione, il T.a.r. - dopo avere richiamato l'ordinanza di rimessione alla CGUE di questa Sezione, 25 novembre 2024, n. 9449, relativa alla compatibilità col TFUE e con la direttiva n. 2024/23/UE della disciplina della prelazione contenuta nell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 - ha dichiarato inammissibili il ricorso e i motivi aggiunti per difetto di legittimazione e di interesse a ricorrere.

1.4. Le spese processuali sono state poste a carico della società ricorrente e liquidate nell'importo di € 2.500,00 per ciascuno, oltre accessori di legge, in favore del Comune di Napoli e della Sicurezza e Ambiente S.p.A.

2. La società M.P.M. s.r.l. ha proposto appello principale con tre motivi e riproposizione dei sei motivi del ricorso principale e dei due motivi aggiunti (indicati come settimo e ottavo) assorbiti in primo grado, nonché riformulazione della richiesta di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023, nel testo vigente prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 209 del 2024 (c.d. correttivo).

Sicurezza e Ambiente S.p.A. ha proposto appello incidentale con un motivo ed ha riproposto in appello le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità proposte in primo grado in riferimento a ciascuno dei motivi di gravame della ricorrente.

Il Comune di Napoli si è costituito per resistere all'appello principale.

2.1. All'udienza del 16 ottobre 2025 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie difensive di tutte le parti e di memorie di replica delle due società.

2.2. Nella discussione, è stata prospettata un'eccezione di improcedibilità sopravvenuta dell'appello per la mancata impugnazione dell'aggiudicazione disposta con determinazione 1031E n. 012 dell'11 settembre 2025 in favore di Sicurezza e Ambiente.

In disparte la verifica del decorso del termine di impugnazione alla data dell'udienza di trattazione (considerato che la determinazione è stata

pubblicata all'albo pretorio il 12 settembre 2025), l'eccezione è infondata. Secondo la giurisprudenza prevalente, allorché si impugni la *lex specialis* di gara contestando vizi di sistema, come nel caso di specie, e non singoli atti prodromici rispetto all'aggiudicazione, la parte può ritenersi esonerata dall'impugnare anche l'aggiudicazione definitiva, posto che il vizio, avendo portata generale, ha effetto caducante e non enuclea solamente un'ipotesi di illegittimità derivata viziente (in termini Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 617).

3. Va esaminato in via prioritaria l'unico motivo dell'appello incidentale, avendo questo portata sostanzialmente assorbente dell'appello principale.

Sicurezza e Ambiente ripropone, in chiave critica rispetto al rigetto del primo grado, l'eccezione di irricevibilità dei motivi del ricorso introduttivo, per la tardiva impugnazione della deliberazione n. 513 del 21 dicembre 2023, con la quale l'amministrazione comunale: 1) ha dichiarato l'interesse pubblico e la fattibilità della proposta di finanza di progetto presentata dalla controinteressata Sicurezza e Ambiente; 2) ha espressamente individuato tale società quale soggetto promotore, ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023; 3) ha stabilito che si sarebbe proceduto ad espletare la relativa procedura di gara, come da proposta del soggetto promotore; 4) ha previsto l'inserimento dell'intervento negli strumenti di programmazione dell'ente.

3.1. L'appellante incidentale premette che tutte le censure dedotte da MPM nel ricorso introduttivo del giudizio (ad eccezione della sesta, che sarebbe inammissibile per altre ragioni) investono profili di asserita illegittimità della deliberazione n. 513 del 21 dicembre 2023 ovvero contestano il contenuto della proposta di finanza di progetto formalizzata da SeA e ormai approvata dal Comune; si tratterebbe quindi di censure che riguardano la fase di scelta del promotore e di valutazione dell'interesse pubblico della proposta del soggetto promotore, ponendosi a monte della successiva fase ad evidenza pubblica.

Da tale premessa l'appellante incidentale fa conseguire l'irricevibilità per tardività dei primi cinque motivi di ricorso in quanto formulati avverso un provvedimento adottato oltre nove mesi prima, che avrebbe dovuto essere impugnato nel termine massimo di sessanta giorni decorrente dalla sua pubblicazione, ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL) e 41, comma 2, c.p.a.

Nella specie, poiché la delibera è stata pubblicata per quindici giorni all'albo pretorio del Comune di Napoli a partire dal 28 dicembre 2023 ed è divenuta esecutiva in data 12 gennaio 2024, sarebbe tardivo il ricorso notificato in data 23 agosto 2024.

3.1.1. Viene quindi criticata la motivazione della sentenza gravata, secondo la quale l'onere di immediata impugnazione non sussisterebbe per i soggetti che non hanno partecipato alla fase di valutazione del pubblico interesse della proposta.

SeA sostiene che tale assunto è errato perché non si tratta di finanza di progetto ad iniziativa pubblica, bensì di finanza di progetto ad iniziativa privata ai sensi dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023 nella versione applicabile *ratione temporis* (cioè quella vigente prima della sostituzione della disposizione col c.d. correttivo di cui al d.lgs. n. 209 del 2024), che prescinde dalla pubblicazione di un avviso da parte dell'amministrazione e quindi da una previa fase di selezione pubblica.

Evidenzia, inoltre, che l'art. 193, comma 2, su citato - a differenza del precedente art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 - prevede la pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente di un provvedimento espresso conclusivo della procedura di valutazione: di qui l'onere di immediata impugnazione per tutti i soggetti che ritengano lesiva nei loro confronti la posizione di vantaggio acquisita dal promotore, a prescindere dalla partecipazione alla procedura per la scelta del promotore – essendo inconferente la giurisprudenza citata dal T.a.r., in quanto formatasi nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016.

3.1.2. L'appellante incidentale osserva inoltre che la mancata tempestiva impugnazione da parte di MPM della deliberazione n. 513 del 21 dicembre 2023 determina l'inammissibilità dei motivi di ricorso con i quali MPM ha contestato la legittimità della procedura di gara per vizi riconducibili alla richiamata deliberazione, poiché va dato seguito all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale in caso di omessa impugnazione del provvedimento presupposto ed autonomamente lesivo, divenuto inoppugnabile, è inammissibile l'impugnazione dell'atto conseguenziale per vizi riconducibili all'atto presupposto.

3.2. Il motivo è fondato.

3.2.1. In effetti, nel vigore dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, questa Sezione V, con la sentenza del 19 giugno 2019, n. 4186, si pronunciò in tema di onere di immediata impugnazione della deliberazione della giunta comunale con la quale l'ente locale aveva individuato il promotore, in relazione ad una proposta di finanza di progetto presentata ai sensi della norma anzidetta, ed aveva poi posto a base della gara la proposta progettuale approvata.

Nel riformare la sentenza di primo grado – che aveva dichiarato inammissibile il ricorso, contestualmente proposto nel termine di legge contro gli atti di indizione della gara e, oltre il termine di legge, contro la presupposta delibera di dichiarazione di fattibilità e nomina del promotore – la detta sentenza motiva che “*l'onere di impugnazione, a pena di decadenza, dell'atto di scelta del promotore riguarda ... i soggetti che abbiano presentato proposte concorrenti in relazione all'opera pubblica, partecipando alla prima fase di selezione, ma non può estendersi alla successiva gara ed in particolare ai soggetti, come l'appellante, che alla stessa hanno partecipato, ma non anche alla selezione del promotore. Per tali soggetti non esiste una preclusione processuale, che violerebbe anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale, implicante quanto meno la conoscenza degli atti amministrativi di cui si allega l'illegittimità*

”.

Si tratta di precedente in senso esplicitamente contrario all'onere dell'immediata impugnazione della delibera di approvazione del progetto di fattibilità e di nomina del promotore, da parte degli operatori economici non partecipanti alla fase di selezione del promotore, tale non essendo invece la decisione, riportata nella sentenza appellata, del Consiglio di Stato, III, 24 aprile 2024, n. 3747.

Quest'ultima, piuttosto, ha ribadito l'articolazione della procedura di finanza di progetto in due serie procedurali: la prima di selezione del progetto di pubblico interesse (o, meglio, di approvazione del “progetto di fattibilità”); l'altra di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto approvato (quest'ultima a sua volta distinta in due sub-fasi, la prima di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e l'altra conseguente all'eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione); come fasi strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale. Tale ricostruzione, nella sentenza n. 3747/2024, è invero finalizzata ad escludere l'applicazione alla prima delle due fasi del dimezzamento dei termini processuali degli artt. 119 e 120 c.p.a. (in coerenza peraltro con i precedenti di cui a Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n.9298; id., 13 dicembre 2023, n. 10758), fermo restando l'onere della tempestiva impugnazione (sia pure nel termine di sessanta giorni, non di trenta) del provvedimento conclusivo di tale fase da parte dell'operatore economico partecipante.

Dall'iter logico giuridico seguito in tale ultima decisione, la sentenza qui appellata – dopo avere richiamato il precedente dell'Adunanza plenaria n.1/2012, che pure si era espresso nel senso dell'immediata impugnabilità del provvedimento conclusivo della prima fase da parte “*dei concorrenti non prescelti*” – ha tratto la conclusione -a mo' di argomento a contrario- che nel caso di specie l'impugnazione tempestiva dell'atto conclusivo della prima fase non sarebbe stata obbligata da parte dell'operatore economico ad essa rimasto estraneo, come MPM, anche perché - a differenza del caso deciso con la

sentenza n. 3747/2024 - non vi era stata alcuna iniziativa dell'amministrazione volta a sollecitare il mercato a presentare proposte, trattandosi di proposta di finanza di progetto ad iniziativa privata (cioè originata dall'iniziativa di SeA).

La conclusione che il T.a.r. ha ritenuto di trarre dalla sentenza n. 3747/2024, pur se risulta conforme alla precedente sentenza n. 4186/2019, non è da condividere.

3.2.2. Premesso che nel presente giudizio non è in discussione il termine di proposizione del ricorso (essendo stato abbondantemente superato anche il termine ordinario di sessanta giorni dall'esecutività in data 12 gennaio 2024 della delibera di Giunta n. 513 del 21 dicembre 2023, poiché il ricorso è stato notificato il 23 agosto 2024), si ritiene che sia il precedente giurisprudenziale (n. 3747/2024) richiamato dal giudice *a quo* – così come da questi interpretato, peraltro mediante un argomentare non necessitato dalla relativa motivazione – che quello -ben più pertinente- n. 4186/2019 non siano più attuali dopo l'entrata in vigore dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023 (con la precisazione che si fa riferimento – così come si farà anche nel prosieguo – al testo originario della disposizione, applicabile *ratione temporis* alla procedura *de qua*, quindi non al testo interamente sostituito dall'art. 57 del d.lgs. n. 209 del 2024, c.d. correttivo al Codice dei contratti pubblici).

Va chiarito che, in effetti, l'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023 conferma la ricostruzione sopra detta - che può definirsi bifasica - della procedura di affidamento delle concessioni mediante finanza di progetto ad iniziativa privata (laddove la scelta del nuovo Codice è stata di eliminare del tutto la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, per la ragioni che si leggono nella Relazione illustrativa allo schema di Codice del 7 dicembre 2022; anche se la finanza di progetto ad iniziativa pubblica è stata poi ripristinata dall'art. 57 del d.lgs. n. 209 del 2024 e disciplinata ai commi 16 e 17 dell'art. 193, introdotti *ex novo*).

L'art. 193 riproduce - anche in mancanza di una vera e propria procedura comparativa per individuare il promotore, quindi in presenza di unico

proponente - lo schema delle due fasi, autonome ma collegate, volte, rispettivamente, alla selezione del progetto da porre a base di gara ed allo svolgimento della procedura di evidenza pubblica, con diritto di prelazione per il promotore.

In particolare, in relazione alla prima delle due fasi, per quanto rileva ai fini della presente decisione, l'art. 193, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 dispone quanto segue:

<< L'ente concedente valuta entro novanta giorni dalla presentazione della proposta, la fattibilità della medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il promotore non apporta le modifiche richieste, come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente, la proposta è respinta. L'ente concedente conclude la procedura di valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati. Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.>>.

La disposizione ha confermato la novità dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 rispetto alle norme precedenti, laddove anche nell'art. 193, comma 2, si prevede che l'ente concedente, entro novanta giorni dalla presentazione, debba valutare la “fattibilità” della proposta; previsione, quest'ultima già valorizzata dalla giurisprudenza, osservando che si è sostituita all'espressione della valutazione in termini di “pubblico interesse” della proposta, la qualificazione in modo più specifico dell'attività di cui è investita l'amministrazione “richiedendosi un accertamento non tanto o non solo limitato alla rilevanza pubblicistica dell'iniziativa, che certamente pure deve sussistere, ma, penetrando sin da subito il dettaglio tecnico ed economico in cui è declinato il progetto, al fine di rilevarne la sua piena appetibilità per il mercato settoriale e, in definitiva, la sua realizzabilità, non solo in astratto, ma in concreto (cfr. Tar Lazio, sez. I-quater, 11 maggio 2017, n. 5702)” (così Cons. Stato, III, n. 3747/24 cit.).

L'art. 193, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023, accentua la rilevanza e l'autonomia di tale fase procedimentale rispetto alla successiva, prevedendo l'adozione di un “*provvedimento espresso*” che “*conclude la procedura di valutazione*”; ne prescrive la pubblicazione da parte dell'ente “*sul proprio sito istituzionale*” e ne fa “*oggetto di comunicazione ai soggetti interessati*”.

Evidente è l'innovazione rispetto a quanto previsto dall'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, che (anche dopo le modifiche successive, da ultimo quelle apportate d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) si limitava a prevedere che il progetto di fattibilità fosse “*posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti*”.

3.2.3. Il “*provvedimento espresso*” di cui all'art. 193, comma 2, non è equiparabile ad un atto endoprocedimentale, a maggior ragione nella vigenza di tale norma, che lo qualifica come conclusivo della “*procedura di valutazione*”.

Esso - nel caso in cui la valutazione sia stata comparativa tra più proposte (secondo un modulo non previsto nel testo dell'art. 193 in commento, ma la cui adozione è nella discrezionalità dell'amministrazione) - è da ritenersi lesivo delle posizioni degli operatori economici partecipanti a tale (eventuale) preventiva selezione del promotore.

Tuttavia, sia in tale eventualità, che nell'eventualità che la proposta contenente il progetto di fattibilità selezionata sia unica, come da modello legale, il provvedimento che approva tale progetto, da porre a base di gara, è lesivo anche delle posizioni di coloro che -come nel presente giudizio MPM- criticano in radice la scelta dell'ente concedente di affidare la concessione di un determinato servizio mediante la procedura di finanza di progetto.

L'argomento secondo cui tale lesione non sarebbe immediata perché l'amministrazione manterrebbe la facoltà di non dare seguito alla proposta progettuale approvata ed inserita negli strumenti di programmazione, appare, per un verso, meno predicabile attualmente che nella vigenza del d.lgs. n. 50

del 2016, tenuto conto della mutata terminologia dell'art. 193, comma 3 (che prevede perentoriamente che “*il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione*”); per altro verso, non utilizzabile in riferimento al dispositivo della delibera n. 513/2023, nel quale si dà atto che “*si procederà ad espletare la relativa procedura prevista dall'art. 193 del d.lgs. 36/2023*”, la quale perciò è prevista come certa (in coerenza d'altronde con la natura continuativa del servizio da affidare).

3.2.4. D'altronde, per come si evince dal tenore dell'intera motivazione della sentenza n. 4186/2019, su citata, il Consiglio di Stato, nella vigenza dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha ritenuto non immediatamente impugnabile il provvedimento conclusivo della fase di scelta del promotore, per due fondamentali ordini di ragioni: i) in applicazione del “*principio di effettività della tutela giurisdizionale, implicante quanto meno la conoscenza degli atti amministrativi di cui si allega l'illegittimità*”; ii) perché non potrebbe “*postularsi l'incontestabilità del progetto da parte del concorrente alla seconda fase, a pena di privare di uno standard minimo di concorrenzialità la seconda fase del procedimento, e dunque di astratta appetibilità la concessione.*”.

Sotto entrambi i profili si può ritenere che il legislatore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, nel disciplinare la procedura di affidamento delle concessioni mediante finanza di progetto soltanto ad iniziativa privata, abbia scelto:

- quanto al primo profilo, di rendere chiare e conoscibili le ragioni di approvazione del progetto di fattibilità, mediante il provvedimento “espresso”, con conseguente conoscenza o conoscibilità della proposta e dei suoi allegati evidentemente da parte di soggetti estranei alla “procedura”, dato che, per legge, questa non è disciplinata come comparativa (invero, solo successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023 - su sollecitazione della Corte di Giustizia- si è ritenuto di sostituire interamente la norma, introducendo detta procedura comparativa, con l'art. 57 del c.d. correttivo, tuttavia estraneo alla presente controversia);

- quanto al secondo profilo, di anticipare al momento dell'approvazione del progetto di fattibilità - è da ritenere proprio perché approvato senza espletare alcuna procedura comparativa - le contestazioni degli operatori del settore avverso la scelta, in radice, del *project financing* per l'affidamento in concessione di quel determinato servizio ed avverso l'approvazione di uno specifico progetto di fattibilità in particolare, preferendo quindi garantire – piuttosto che la “concorrenzialità” nella seconda fase del procedimento, salvo che per aspetti non incisi dalla previa valutazione di fattibilità – la certezza dell’azione amministrativa, in particolare in ordine alla legittimità della scelta a monte della procedura, anche ai fini del più stabile ed efficiente avvio della seconda fase.

3.3. Date tali conclusioni, le stesse si attagliano alla decisione del caso di specie anche in ragione di quanto segue.

3.3.1. Quanto al profilo della conoscenza o conoscibilità del provvedimento conclusivo della procedura di valutazione, va rimarcato che è stato adottato con una deliberazione della giunta comunale e che questa è stata pubblicata sull’albo pretorio del Comune di Napoli ai sensi dell’art. 124 del d.lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.).

Si tratta di un regime di pubblicità legale che, come è noto, produce l’effetto di una presunzione assoluta di conoscenza, rilevante ai fini della decorrenza del termine perentorio per agire dinanzi al giudice amministrativo per tutti i soggetti non direttamente contemplati dall’atto oggetto di pubblicazione, ai sensi dell’art. 41, comma 2, c.p.a.

In base a tale disposizione processuale, per i soggetti che, non essendo contemplati nell’atto o non avendo partecipato al procedimento (*id est*, alla procedura di valutazione), non hanno titolo alla notificazione o comunicazione (*id est*, alla comunicazione quali soggetti interessati ex art. 193, comma 2), il *dies a quo* per l’impugnativa del provvedimento (in disparte la pubblicazione sul “*sito istituzionale*” dell’ente, della quale non è dato dibattere nel presente giudizio) non può non essere identificato (quanto meno) in

quello di scadenza della pubblicazione sull'albo pretorio; tale scadenza, perfezionando la pubblicità legale, produce, appunto, una presunzione legale e assoluta di conoscenza di tutte le deliberazioni dell'organo collegiale (cfr., fra le tante, Cons. Stato, II, 6 dicembre 2021, n. 8119), dalla quale non vi sono ragioni per escludere la deliberazione *de qua*.

3.3.2. Quanto poi alla lesività della delibera n. 513 del 21 dicembre 2023 nei confronti della ricorrente MPM, non va trascurato che - come già evidenziato con i provvedimenti cautelari (ordinanza del T.a.r. 9 settembre 2024, n. 1682, confermata da questa Sezione, con ordinanza 27 settembre 2024, n. 3605) - il principale pregiudizio di cui la ricorrente si duole deriva, al fondo, dalla scelta dell'amministrazione comunale di fare ricorso alla procedura di affidamento della concessione dei servizi di ripristino e bonifica stradale post incidente mediante finanza di progetto ad iniziativa privata, per di più proveniente dal gestore uscente.

Invero, fatto salvo quanto si dirà a proposito del sesto, i motivi del ricorso introduttivo sono sintetizzabili come segue:

- col secondo, MPM ha direttamente censurato la delibera di Giunta n. 513/2023 perché la presentazione della proposta di finanza di progetto da parte della SA non sarebbe “*stata oggetto di una preventiva manifestazione di interesse ritualmente pubblicata*” e pertanto si sarebbe “*illegittimamente consentito a SeA di precostituirsì una situazione di vantaggio in quanto gli altri operatori di settore non sono stati interpellati*”;
- col terzo, è stata sollevata la questione di pregiudizialità comunitaria (della quale si dirà nel prosieguo) in riferimento alle deduzioni del secondo motivo;
- col quarto, MPM ha direttamente censurato la delibera di Giunta n. 513/2023 perché la proposta, oggetto di positiva valutazione di “fattibilità”, sarebbe stata invece “*assolutamente generica (ad esempio nel paragrafo 4 la proposta fa riferimento al personale già impiegato sulla base dell'affidamento precedente) e priva di ogni concretezza (nel paragrafo 7 non viene nemmeno indicato il numero dei Centri Logistici Operativi, CLO, previsti), cosicché la declaratoria di pubblica utilità è illogica*

- col quinto, ha censurato, in proprio e in via derivata, la determina n. 1031E del 2024 di indizione della procedura e gli atti allegati per gli stessi vizi attribuiti alla delibera di Giunta n. 513/2023.

Si tratta di censure, riguardanti, direttamente o indirettamente, appunto il provvedimento conclusivo della fase di valutazione della fattibilità della proposta.

La proposta presentata da SeA, approvata con la ridetta delibera di Giunta, è atto presupposto anche rispetto alla determinazione del valore stimato della concessione (in quanto risultante dal PEF asseverato ed allegato alla proposta di SeA), inserito negli atti di gara e contestato col primo motivo di ricorso.

I motivi aggiunti, a loro volta, riguardano la nota prot. 606897 del 9 agosto 2022, menzionata nella deliberazione della Giunta comunale n. 513 del 21 dicembre 2023, sicché anche la nota in oggetto avrebbe dovuto essere impugnata insieme a quest'ultima deliberazione nel termine di sessanta giorni decorrente dal compimento della pubblicazione sull'albo pretorio del Comune. Pertanto, se tardivo è da ritenersi il ricorso principale, a maggior ragione lo è il ricorso per motivi aggiunti.

3.4. L'appello incidentale va quindi accolto.

I motivi secondo, terzo, quarto e quinto del ricorso introduttivo di MPM vanno dichiarati irricevibili per la parte in cui censurano direttamente la delibera della Giunta comunale n. 513 del 21 dicembre 2023 ed inammissibili per la parte in cui censurano gli atti di indizione della procedura ad evidenza pubblica, attesa la mancata tempestiva impugnazione di tale delibera, da considerarsi atto presupposto; per tale ultima ragione va dichiarato inammissibile anche il primo motivo del ricorso introduttivo; i motivi aggiunti vanno dichiarati entrambi irricevibili per l'ulteriore ragione di tardività sopra detta.

Per effetto dell'accoglimento dell'appello incidentale e delle dette eccezioni di irricevibilità ed inammissibilità, va corretta in conformità - fermo restando il dispositivo di rigetto in rito di ricorso e motivi aggiunti - la motivazione della

sentenza di primo grado, salvo che per la decisione sul sesto motivo del ricorso principale.

Per quest'ultimo motivo va confermata la dichiarazione di inammissibilità del T.a.r. per difetto di legittimazione ad agire in capo alla ricorrente (di cui al punto 6 della sentenza).

4. Va perciò esaminato l'appello principale, che tra l'altro censura tale dichiarazione.

4.1. Col primo motivo, infatti, MPM sostiene che la decisione sulla carenza di legittimazione ad agire per mancata presentazione della domanda di partecipazione alla gara non sarebbe “*giustificata da alcun argomento specifico*”, perciò sarebbe fondata su una motivazione “*inesistente ovvero apparente*”; inoltre avrebbe violato il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ex art. 112 c.p.c. (applicabile in forza del rinvio operato dall'art. 39 c.p.a.), per il mancato esame delle censure dedotte dalla ricorrente in primo grado.

4.1.1. Dato ciò, l'appellante principale deduce che la decisione di primo grado sulla carenza di legittimazione ad agire sarebbe nulla e chiede, sulla base dei principi affermati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 16/2024, di disporne l'annullamento con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

4.2. Tale richiesta è infondata.

4.2.1. Già prima della sentenza n. 16 del 2024, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'erronea declaratoria di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado potrebbe dare luogo a una rimessione al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a. nel caso di ‘nullità della sentenza’, sussistente quando essa sia ‘totalmente carente di motivazione’ o basata su una ‘motivazione apparente’ (Cons.St., Ad. plen., nn. 10 e 11 del 2018). Con la sentenza n. 16 del 2024 l'Adunanza Plenaria ha confermato, nella sostanza, la soluzione seguita dalla Plenaria nel 2018, sia pure sulla base di un percorso argomentativo parzialmente diverso e con una integrazione, quanto alla individuazione delle ipotesi di ‘nullità della sentenza’.

Nel rinviare alla motivazione della sentenza, è qui sufficiente osservare che essa ha deciso relativamente alla fattispecie che ricorre nel presente giudizio della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di una condizione dell’azione - con il consequenziale mancato esame della totalità dei motivi di ricorso. L’Adunanza plenaria ha riconosciuto che detta fattispecie <<ben può integrare la ‘nullità della sentenza’>> che legittima la rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a., prendendo le mosse dal presupposto (per la rimessione al primo giudice) della motivazione “meramente apparente” o “radicalmente assente” di cui alle precedenti decisioni dell’Adunanza plenaria n. 10 e n. 11 del 2018. In proposito, la decisione n. 16/2024 precisa che “*La sentenza che nega la sussistenza della legittimazione o dell’interesse al ricorso – e dunque ravvisa l’assenza di una posizione giuridica tutelabile, malgrado vi sia stata l’impugnazione di un provvedimento autoritativo incontestabilmente devoluta alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo - deve basarsi su una motivazione adeguata, ragionevole e coerente con i principi processuali, che tenga conto dei fatti di causa e delle censure dedotte in relazione alla lesione prospettata, e deve consentire di far comprendere in modo chiaro in fatto e in diritto l’effettiva sussistenza della ragione giuridica, posta a base della declaratoria di inammissibilità*” (punto 11.8).

Peraltro, se è vero che, come affermato dall’Adunanza plenaria, è “*il confronto tra una motivazione di puro rito frutto di un errore palese e il ricorso proposto unitariamente inteso che rende evidente il grave difetto argomentativo di una tale motivazione rispetto al ricorso*”, non va nemmeno trascurato che la motivazione si compone, non solo della considerazione delle deduzioni della parte ricorrente, ma anche di quella delle eccezioni della parte resistente e della controinteressata. Pertanto, in tema di accoglimento di eccezioni di rito formulate nel processo da queste ultime parti con congruenti argomentazioni di supporto, è da reputarsi completa la motivazione che vi faccia rinvio *per relationem*, condividendone criticamente l’iter logico-giuridico, anche mediante richiamo di un preciso, specifico, consolidato, orientamento giurisprudenziale.

4.2.2. A tale modello corrisponde la motivazione della sentenza gravata, dato che, dopo avere puntualmente esposto le deduzioni della ricorrente, sia in diritto che in fatto, ha in sostanza condiviso le argomentate eccezioni di carenza di legittimazione e di interesse ad agire riferite dal Comune di Napoli e dalla controinteressa SeA a ciascuno dei motivi di ricorso e dei motivi aggiunti. Ha in particolare basato la decisione di difetto di legittimazione all’impugnazione degli atti di gara sulla mancata partecipazione della MPM alla procedura di evidenza pubblica; ha quindi dato seguito al noto orientamento dell’Adunanza plenaria in tema di impugnazione immediata dei bandi di gara riportato in sentenza (mediante richiamo esplicito dei precedenti del 7 aprile 2011, n. 4 e 25 febbraio 2014, n. 9, che la sentenza 26 aprile 2018, n. 4, non citata dal giudice *a quo*, ha però in sostanza ribadito), nel presupposto – non esplicitato, ma desumibile da tale richiamo giurisprudenziale – della natura non escludente delle clausole degli atti di gara denunciate di illegittimità.

All’evidenza, si tratta di motivazione non apparente né meramente assertiva, di certo sindacabile dal giudice d’appello, anche in base alla giurisprudenza successiva alla decisione dell’Adunanza plenaria (tra cui, di recente, Cons. Stato, VI, 23 settembre 2025, n. 7480, secondo la quale “*In caso di erroneità della declaratoria di inammissibilità del ricorso, non vi è ragione di rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell’articolo 105 c.p.a. qualora non sussista un errore ricavabile da una motivazione apparente o riferibile a circostanze non pertinenti, tale quindi da denotare con ogni evidenza una conoscenza approssimativa o molto lacunosa dei fatti di causa. Viceversa, in caso di riforma, per trattenere e decidere il merito, occorre che la decisione stessa, per quanto viziata in punto di diritto, costituisca una base valida in fatto*”).

4.3. Per di più, nel caso di specie, nemmeno si pone, nel presente grado, la necessità di sindacare la decisione di primo grado sul difetto di legittimazione e di interesse ad agire relativamente ai primi cinque motivi di ricorso ed ai due motivi aggiunti.

Invero, per tali motivi la dichiarazione di inammissibilità è stata corretta come sopra, determinando l’improcedibilità dell’appello principale per sopravvenuta

carenza di interesse.

4.4. La dichiarazione di inammissibilità per difetto di legittimazione ad agire della MPM è fondata e va confermata con riferimento al sesto motivo di ricorso.

Con quest'ultimo è stata infatti censurata la previsione, nella legge di gara, di una clausola sociale diretta alla riassunzione di un numero di dipendenti del gestore uscente che la ricorrente MPM ritiene essere sproporzionata e tale da impedire formulazione del pur obbligatorio piano di assorbimento di cui all'art. 9 del disciplinare.

4.4.1. La clausola non è da ritenersi escludente, alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale sopra detto, nemmeno nel senso meno restrittivo della relativa nozione. Essa non impedisce la formulazione di un'offerta economicamente sostenibile, in specie in merito alla quantificazione del costo del personale dipendente ed al numero dei dipendenti da impiegare, l'una e l'altro rimessi alle scelte dell'operatore economico partecipante alla gara. Come riconosce la stessa ricorrente, il citato art. 9 del disciplinare prevede che l'impegno della riassunzione del personale del gestore uscente vada armonizzato da ciascun concorrente con la propria organizzazione e con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto. Alla luce di tale previsione, nonché del principio per il quale la clausola sociale non comporta un obbligo incondizionato di riassunzione, va letta anche la previsione del comma 3 dell'art. 9 del disciplinare, secondo cui all'offerta tecnica avrebbe dovuto essere allegato un progetto di riassorbimento del personale. La collegata sanzione di esclusione va ovviamente riferita alla mancata presentazione del progetto di riassorbimento, non al mancato riassorbimento, di modo che non è certo tale previsione del disciplinare ad avere impedito a MPM di prendere parte alla competizione selettiva del concessionario.

4.5. In definitiva, il primo motivo dell'appello principale va nel complesso respinto.

5. Col secondo motivo dell'appello principale si criticano i punti 6.1 e 5 della sentenza di primo grado.

5.1. Con questi, il T.a.r. ha affermato, rispettivamente:

- la carenza di interesse concreto della ricorrente all'annullamento dell'intera procedura per la non prevedibilità dei comportamenti futuri dell'amministrazione e/o della controinteressata (punto 6.1), cui MPM oppone, in appello, il proprio interesse strumentale alla ripetizione della procedura di affidamento della concessione;

- la carenza di interesse attuale della ricorrente per la non attualità del diritto di prelazione in favore del promotore (punto 5), cui MPM obietta, in appello, che è un argomento che non riguarda i motivi uno e sei, ma tutt'al più i restanti motivi di ricorso e motivi aggiunti (due, tre, quattro, cinque, sette ed otto), che censurano l'introduzione del diritto di prelazione nel bando di gara e che avrebbero dovuto comunque essere esaminati.

5.1.1. Anche tale motivo si conclude con la richiesta di rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., come interpretato dall'Adunanza plenaria n. 16/2024.

5.2. Il secondo motivo dell'appello principale – in disparte l'infondatezza della richiesta di rinvio al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a., per ragioni di completezza e adeguatezza della motivazione analoghe a quelle già dette a proposito del primo motivo – è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse perché la dichiarazione di inammissibilità di cui ai punti 5 e 6.1 della sentenza di primo grado è superata dalla corrispondente integrale correzione della sentenza, in accoglimento dell'appello incidentale.

6. Col terzo motivo dell'appello principale è criticato, sotto un diverso profilo, il punto 6.1 della sentenza nella parte in cui incidentalmente ha dato atto della circostanza che il Consiglio di Stato ha sollevato dinanzi alla CGUE la questione pregiudiziale concernente l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (con l'ordinanza n. 9449/2024). L'appellante lamenta che il T.a.r. non abbia adottato alcuna statuizione, né fornito alcuna motivazione, sulla

richiesta, formulata in primo grado, di sollevare la questione pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE in ordine al contrasto con il diritto euro-unitario dell'art. 193 del Codice dei contratti nel testo allora vigente.

6.1. Ad avviso di MPM, la questione pregiudiziale già sottoposta alla Corte di Giustizia con l'ordinanza n. 9449/24, alla luce delle considerazioni svolte nel paragrafo 28 di tale provvedimento, avrebbe una rilevanza diretta nel presente giudizio, sicché non avrebbe potuto essere trattata incidentalmente come fatto dal T.a.r..

Al riguardo l'appellante osserva che:

- a) la questione pregiudiziale verte su una norma diversa (l'art. 193, comma 8, del d.lgs. 36/2023) da quella oggetto dell'ordinanza n. 9449/2024 (l'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016);
- b) il terzo, il settimo e l'ottavo motivo del ricorso di primo grado porrebbero in evidenza il contrasto dell'art. 193 del Codice con la legislazione euro-unitaria, non solo sotto il profilo dell'immotivata attribuzione al promotore di una posizione privilegiata nell'aggiudicazione, ma anche sotto l'ulteriore, e diverso, aspetto che la presentazione di una proposta di *project financing* da parte del privato, ove non resa pubblica agli altri operatori economici e non assoggettata alla possibilità di proposte migliorative prima della dichiarazione di pubblica utilità dell'amministrazione, comporterebbe in capo al promotore un non consentito “vantaggio conoscitivo” che falserebbe dall'origine la possibilità di un corretto confronto concorrenziale, anche in ordine alla concreta redazione della *lex specialis* di gara.

6.1.1. Da quanto esposto l'appellante fa discendere che il T.a.r. avrebbe dovuto pronunciarsi sulla rilevanza della questione e sollevarla immediatamente dinanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, con conseguente sospensione del giudizio di primo grado.

Dal momento che il giudice di primo grado non si è espresso sulla richiesta di rinvio pregiudiziale avanzata da MPM e, anzi, ha finito per ritenere la questione irrilevante in quanto incidentale, senza esplicitare alcuna effettiva

motivazione, ricorrerebbero secondo l'appellante i presupposti per la rimessione della causa al primo giudice ex art. 105, comma 1, c.p.a. anche in ordine alla decisione sulla richiesta di rinvio pregiudiziale.

6.2. Il terzo motivo di appello, concluso con tale ultima richiesta, non merita accoglimento e va respinto, essendo sufficiente allo scopo rilevare che la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea non trattata in primo grado è riproponibile, senza alcuna preclusione, dinanzi al Consiglio di Stato, sicché la sua mancata considerazione da parte del giudice *a quo* non può mai comportare la rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a..

Il Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, è peraltro soggetto all'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE.

7. D'altronde, al punto 4 dell'atto di appello la stessa MPM ha riproposto la questione di pregiudizialità comunitaria, unitamente a tutti i motivi di gravame formulati in primo grado e rimasti assorbiti.

7.1. Questi ultimi sono da ritenersi oramai definitivamente assorbiti dalle statuzioni di irricevibilità e di inammissibilità di cui sopra.

7.2. La questione pregiudiziale attiene alla compatibilità dell'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 con gli artt. 49 e 56 del TFUE e con i principi di pubblicità e di trasparenza e di non discriminazione, nei termini riassunti trattando del terzo motivo dell'appello principale.

7.2.1. La questione non è rilevante nel presente giudizio, in primo luogo perché questo ha ad oggetto una procedura di affidamento di una concessione il cui valore è al di sotto della soglia di rilevanza europea (di € 5.382.000) fissata dall'art. 14, comma 1, lett. a), senza che sia stato dimostrato l'interesse transfrontaliero certo, che potrebbe rilevare ai fini dell'applicazione del Trattato. La contestazione del detto valore (€ 4.788.000), di cui al primo motivo del ricorso, è da ritenersi preclusa per l'inammissibilità del motivo.

7.2.2. Più in generale, si osserva che le censure in merito alla compatibilità dell'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023 (nel testo oramai abrogato per la sostituzione integrale disposta dall'art. 57 del d.lgs. n. 209 del 2024) col diritto dell'Unione -come formulate nel presente giudizio e quindi fatte oggetto della richiesta di rinvio pregiudiziale alla CGUE – attengono, per un verso, alla fase di scelta della procedura e di individuazione del progetto da porre a base di gara, conclusa col provvedimento di cui alla relativa deliberazione della giunta comunale; per altro verso, al diritto di prelazione del promotore, imposto dalla scelta della procedura effettuata a monte.

La preclusione determinata dalla mancata tempestiva impugnazione giurisdizionale di detto provvedimento rende irrilevante la questione pregiudiziale comunitaria.

Infatti, sebbene la qualificazione del vizio sia controversa, ritiene il Collegio che l'eventuale vizio determinato dal contrasto col diritto dell'Unione ricada nella fattispecie dell'annullabilità. Esso comporta perciò l'onere dell'impugnazione tempestiva in ambito interno del provvedimento che si assume viziato, in mancanza della quale risultano inapplicabili nel giudizio le norme di diritto interno (applicate nell'adozione del provvedimento) che si assumano contrastare col diritto dell'Unione.

7.3. La richiesta di rinvio pregiudiziale va perciò disattesa perché - per le due distinte ragioni sopra dette - riguarda questioni dalla cui decisione non dipende la soluzione della controversia, perciò irrilevanti (o “*non pertinenti*”, secondo il primo dei c.d. criteri *Cilfit* di esonero dall'obbligo del rinvio pregiudiziale, come ribadito da Corte di giustizia UE, grande sezione, 6 ottobre 2021, C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*).

8. In conclusione, l'appello principale va respinto; va accolto l'appello incidentale e, per l'effetto, correggendo la motivazione della sentenza di primo grado, il ricorso e i motivi aggiunti proposti da MPM vanno dichiarati irricevibili ed inammissibili secondo quanto sopra precisato, fatto salvo il sesto motivo del ricorso introduttivo, per il quale va confermata la dichiarazione di

inammissibilità per carenza di legittimazione ad agire di cui alla sentenza di primo grado.

9. La correzione della motivazione di tale sentenza, a seguito dell'accoglimento dell'appello incidentale, con la conferma tuttavia del dispositivo di rigetto in rito del ricorso e dei motivi aggiunti di MPM, ed il rigetto dell'appello principale di quest'ultima, comportano che resti ferma la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali del primo grado.

9.1. Considerata la novità delle questioni interpretative poste dalla disciplina introdotta dall'art. 193 del d.lgs. n. 36 del 2023, a fondamento dell'accoglimento dell'appello incidentale, sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, rigetta l'appello principale e accoglie l'incidentale, e, per l'effetto, dispone la correzione della motivazione della sentenza di primo grado come precisato in parte motiva, fermo il dispositivo di rigetto in rito del ricorso e dei motivi aggiunti di MPM e di condanna di questa al pagamento delle spese processuali.

Compensa le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Annamaria Fasano, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO