



**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 6436 del 2017, proposto da:

Enel Sole s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Sciaudone, Flavio Iacovone, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Sciaudone in Roma, via Pinciana, n. 25;

***contro***

Società Cremasca Reti e Patrimonio- S.C.R.P. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Costantini, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n. 44;

Comune di Crema, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca A. Lanzalone, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n. 44;

***nei confronti***

S.C.S. Servizi Locali S.r.l. in Liquidazione, non costituito in giudizio;

Cremasca Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca A. Lanzalone, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, n. 44;

Impianti Elettrici Telefonici Simet s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago, Alessandro Calegari, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n.

5;

Gei- Gestore Energetica Impianti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Zoppolato, Marco Vittorio Mazzarelli, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Piero Zoppolato in Roma, via del Mascherino, n. 72;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, Sezione II, n. 00600/2017, resa tra le parti, concernente la domanda di annullamento:

- del Bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 3 agosto 2016 e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana l'8 agosto 2016, avente ad oggetto "*Affidamento del servizio pubblico locale di gestione della pubblica illuminazione e degli impianti semaforici nel territorio comunale di Crema*", nei limiti di quanto censurato;

- il Disciplinare di gara, nei limiti di quanto censurato;

-la nota del Comune di Crema, Area 2 - Pianificazione e Gestione del Territorio del 6 settembre 2016;

- di tutti gli atti presupposti, compresi:

- la Deliberazione del Consiglio Comunale di Crema n. 85 del 19 dicembre 2013, avente ad oggetto "*razionalizzazione e semplificazione dell'odierno apparato di partecipazioni societarie del Comune di Crema, finalizzato all'adempimento degli obblighi fissati dall'art. 14, c. 32, D.L. 78/2010, conv. Con L. 122/2010 nonché al conseguimento di risparmi e maggiori livelli d'efficacia e efficienza dell'azione amministrativa*";

-la Deliberazione del Consiglio Comunale di Crema n. 43 del 6 luglio 2016, avente ad oggetto "*approvazione accordo sull' indennità complessiva dovuta dal Comune di Crema a SCS Servizi Locali s.r.l. in liquidazione riguardante la cessazione anticipata della gestione dei diversi servizi concessionati*" e dell'allegato Verbale di accordo;

- di ogni altro atto precedente, preliminare, connesso o comunque collegato a quelli impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Cremasca Reti e Patrimonio- S.C.R.P. s.p.a., del Comune di Crema, di Cremasca Servizi S.r.l. e di Impianti Elettrici Telefonici

Simet s.r.l. e di G.E.I.- Gestore Energetica Impianti s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Flavio Iacovone, Giovanni Corbyons, Paolo Caruso, in sostituzione dell'avv. Calegari, e, su delega dell'avv. Zoppolato, Maurizio Boifava;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Enel Sole s.r.l. ha appellato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia-Brescia, II, 4 maggio 2017, n. 600 che ha dichiarato inammissibile sia il ricorso principale sia i motivi aggiunti proposti dalla società odierna appellante in ragione della mancata partecipazione di quest'ultima alla gara per cui è causa, stante il ritenuto carattere non escludente né impeditivo rispetto alla formulazione di un'offerta delle clausole della *lex specialis* impugnate da Enel Sole.

La vicenda per cui è causa afferisce alla procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del "*servizio pubblico locale di gestione della pubblica illuminazione e degli impianti semaforici nel territorio comunale di Crema in regime di partenariato pubblico e privato, ai sensi della parte IV, titolo I, del d.lgs. 50 del 2016*", bandita dalla Società Cremasca Reti e Patrimonio- S.C.R.P. s.p.a. (d'ora in avanti, per brevità, anche soltanto "*Società Cremasca*" o "*S.C.R.P.*"), su incarico del Comune di Crema.

Enel Sole, che ha non presentato alcuna offerta alla suddetta gara, ha premesso, in fatto, che nell'oggetto dell'affidamento venivano ricompresi anche i 3.226 impianti di pubblica illuminazione di proprietà di Enel Sole e da quest'ultima gestiti, per i quali il Comune di Crema aveva in precedenza avviato il procedimento di riscatto, senza corresponsione finora di alcun indennizzo a favore della società.

In particolare, con deliberazione di Giunta Comunale n. 183 del 7 aprile 2016 (non impugnata da Enel Sole), il suddetto Comune procedeva al perfezionamento della procedura di riscatto ed acquisizione della proprietà degli impianti di Enel Sole destinati al servizio di pubblica illuminazione, rimettendo la definizione degli aspetti economici del riscatto all'approvazione della perizia e all'espletamento dei procedimenti previsti dall'art.

24 R.D. 2578 del 1925. Detti impianti venivano poi consegnati da Enel Sole in adempimento dell'ordinanza di rilascio n. 85 del 14 aprile 2016 (come da verbale di consegna del 4 maggio 2016), ove pure si dava atto che Enel Sole avrebbe percepito l'indennità prevista dall'art. 24 R.D. 2578 del 1925 e dall'art. 13 d.P.R. 902 del 1986 *“nell'importo che, in mancanza di accordo tra le parti, sarà determinato in sede giudiziale”*.

L'appellante ha, altresì, evidenziato che nel suddetto territorio comunale erano presenti anche impianti di proprietà del Comune e la cui gestione era stata affidata ad una società partecipata dall'Ente locale, in forza di contratto di servizio rep. n. 10571 del 1 giugno 2006, stipulato tra le parti e avente durata prevista fino al 31 dicembre 2030; mentre con altro contratto rep. 10572 del 1 giugno 2006 veniva affidata la gestione degli impianti semaforici.

L'art. 14, comma 4, di tale Convenzione, concernente la gestione della pubblica illuminazione nella porzione di territorio non coperta dagli impianti di Enel Sole, stabiliva che *“nel caso di revoca della gestione, il Comune rileverà gratuitamente tutti gli impianti, indistintamente e nessuno escluso, afferenti i servizi oggetto della gestione”*.

Successivamente, nella titolarità del contratto subentrava “SCS Servizi locali s.r.l.” (nel prosieguo anche soltanto *“Società Cremasca Servizi SL”* o *“SCS”*), società partecipata al 35% dal Comune di Crema (per il tramite della Cremasca Servizi s.r.l.) e per il 65% dalla S.C.R.P. (centrale di committenza del Comune di Crema e stazione appaltante della gara per cui è causa).

Con deliberazione del Consiglio Comunale n. 85 del 19 dicembre 2013 il Comune dava impulso ad un complessivo processo di razionalizzazione del sistema delle proprie partecipazioni e di correlata revisione e riordino delle modalità di gestione dei servizi pubblici: in tale ambito disponeva la liquidazione di SCS (che avrebbe versato, secondo quanto affermato da Enel Sole, in uno stato di indebitamento); disponeva, altresì, di addivenire, per il tramite di successivi accordi negoziali con il gestore SCS o, per l'eventuale mancanza degli stessi, mediante esercizio della facoltà di recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, all'anticipata cessazione dei contratti di servizio in essere, compreso il servizio di gestione degli impianti di pubblica illuminazione; decideva, infine, di ricollocare sul mercato e affidare, mediante procedure ad evidenza pubblica, la gestione dei servizi pubblici locali, espletati fino a quel momento da SCS.

Secondo la prospettazione della società appellante, contestata dalle Amministrazioni resistenti, detta delibera veniva adottata al fine di adempiere al disposto dell'art. 14, comma 32, del D.L. n 78 del 2010 (successivamente abrogato dall'art. 1, comma 562, legge 27 dicembre 2013, n. 147), norma che consentiva ai Comuni con popolazione compresa tra i 30.000 e i 50.000 abitanti di detenere la partecipazione in una sola società, procedendo alla messa in liquidazione delle altre già costituite entro il 31 dicembre 2011; la liquidazione di SCS si sarebbe, inoltre, resa necessaria anche in ragione della situazione di grave indebitamento di tale società, conseguente a perdite di gestione.

A seguito di tale processo di riorganizzazione e in conseguenza della cessazione anticipata della gestione dei servi oggetto di affidamento, il Comune e SCS avviavano *“una negoziazione per la determinazione, in contraddittorio, dell’indennità dovuta dal primo alla seconda per l’intervenuta revoca e/o anticipata cessazione delle concessioni d’uso e/o degli affidamenti di servizi assentiti alla seconda (...) anche in funzione di una sollecita definizione della procedura di liquidazione di SCS SL”* (come si legge nella premessa del verbale di accordo sull’indennità, allegato alla Deliberazione n. 43 del 2016).

Pertanto, con deliberazione n. 43 del 6 luglio 2016, il Consiglio Comunale di Crema approvava l’accordo sull’indennità da corrispondere ad SCS per la cessazione anticipata della gestione dei diversi servizi affidati: tale indennizzo, quantificato in euro 1.400.000,00 (oltre IVA), doveva costituire, in base a specifiche previsioni da inserire negli atti della futura gara come da impegni assunti in tal senso dal Comune, onere a carico del futuro affidatario del servizio di gestione della pubblica illuminazione e degli impianti semaforici. Inoltre, con la deliberazione C.C. n. 41 del 23 giugno 2016, il Comune stabiliva di organizzare il servizio pubblico locale di gestione della pubblica illuminazione e degli impianti semaforici mediante affidamento ad un unico gestore secondo il modello di partenariato pubblico privato di cui agli articoli 180 e 181 del d.lgs. 50 del 2016: a tale scopo il Consiglio Comunale approvava contestualmente gli schemi di disciplinare di gara e contratto di servizio, delegando a S.C.R.P. le funzioni di stazione appaltante. Detta deliberazione consiliare (non oggetto di ricorso giurisdizionale da parte dell’odierna appellante) dava altresì atto, con riguardo al valore residuo degli impianti messi a gara, dell’inserimento tra gli oneri posti a carico del futuro gestore unico del rimborso dell’indennizzo su indicato dovuto a SCS, in ragione del mancato recupero degli investimenti effettuati per conto e nell’interesse del Comune; mentre, con riguardo agli

impianti di proprietà di Enel Sole, si dava atto dell'avvio della procedura di determinazione dell'eventuale indennizzo ad essa spettante ai sensi dell'art. 24 R.D. 2578 del 1925 e degli art. 9-13 d.P.R. 902 del 1986.

Nelle more dell'indizione della procedura di gara, SCS, all'esito di un'analisi di mercato mediante pubblicazione di avviso pubblico per manifestazione di interesse, individuava quale "*soggetto più idoneo*" per la cessione del ramo d'azienda inerente l'illuminazione pubblica la società G.E.I. –Gestore Energetico Impianti s.p.a., una delle due concorrenti - in Raggruppamento temporaneo con la SIMET- della gara *de qua* e risultata poi aggiudicataria della medesima.

Pertanto, con atto notarile del 5 agosto 2016 la SCS in liquidazione cedeva il ramo d'azienda relativo all'illuminazione pubblica alla società GEI, con efficacia a decorrere dal 15 settembre 2016, al dichiarato scopo, indicato nell'atto di cessione, di non disperdere il *know how* acquisito dalla cedente.

Contestualmente le parti convenivano espressamente (Allegato B all'atto di cessione) che "*la Convenzione in essere fra SCS Servizi Locali S.r.l. e il Comune di Crema ... in forza del quale SCS Servizi Locali S.r.l. ha in gestione 2.820 punti luce e 458 semafori situati nell'area comunale di Crema ... costituisce oggetto di separato contratto di noleggio a caldo sottoscritto dalle parti contestualmente al presente atto*".

Quanto agli impianti di pubblica illuminazione presenti nel territorio comunale gestiti da Enel Sole, con deliberazione consiliare n. 81 del 9 novembre 2015 (non impugnata da parte di Enel Sole), il Comune di Crema prendeva atto che la gestione del servizio di pubblica illuminazione svolta da Enel Sole doveva intendersi cessata *ex lege* in ragione dell'art. 34, comma 21, legge 221 del 2012, in quanto fondato su un affidamento diretto in virtù della Convenzione del 2001 stipulata dal Comune con la società, prorogato ogni tre anni, come tale contrario ai principi concorrenziali, e dava avvio alla procedura di valorizzazione e riscatto della proprietà e disponibilità degli impianti realizzati da Enel Sole; quindi, demandava ad entrambi i gestori uscenti, ciascuno per gli impianti di rispettiva competenza, il compito di assicurare la continuità e regolarità dei servizi sino all'operatività del nuovo affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica.

Con bando del 29 luglio 2016 e pubblicato sulla GUUE il 3 agosto 2016 Società Cremasca Reti e Patrimonio- S.C.R.P., quale centrale di committenza del Comune di Crema, indiceva la gara per cui è causa, avente ad oggetto l'affidamento della gestione del servizio di

illuminazione pubblica (compresi gli interventi di riqualificazione stimati nel PEF e descritti nelle relazioni e negli elaborati tecnici), la manutenzione ordinaria e straordinaria e la fornitura di energia elettrica, nonché la gestione degli impianti semaforici nel territorio comunale di Crema.

Il valore del servizio a base di gara ammontava ad Euro 11.831.088,60 (oltre iva) “*a titolo di canone*”, nonché Euro 2.849.767,20 a titolo di interessi, per un totale di Euro 14.680.855,80; mentre la durata di detto servizio era fissata in anni 15. L’ammontare annuo complessivo del canone era pari ad euro 978.737, 32, quantificato secondo le modalità illustrate nella stima economica finanziaria di cui all’allegato 4.1.7 del disciplinare di gara (documento 12 della produzione del Comune appellato) e ricomprendente anche la previsione di una quota di interessi annui pari ad euro 189.984,48, corrispondenti ad un tasso annuo fisso del 6% conteggiato sugli esborsi sopportati dal gestore, compreso il rimborso per l’acquisizione della disponibilità degli impianti di SCS, per l’intera durata del contratto.

In conformità agli specifici impegni assunti dal Comune con SCS la *lex specialis* di gara (in particolare, il Disciplinare di gara, paragrafo 1 rubricato “*Presupposti e finalità della procedura di gara*”) prevedeva il pagamento della somma di Euro 1.400.000,00 a titolo di “*rimborso*”, come “*ristoro del mancato recupero degli investimenti effettuati dalla società*” (vale a dire SCS); precisando che tale somma “*sarà posta a carico del nuovo gestore unico del servizio selezionato con la presente procedura, che assumerà la disponibilità di tutti gli impianti esistenti, la cui proprietà resterà invece a capo del Comune*”.

Alla gara partecipavano due concorrenti, l’ATI costituita da G.E.I. Gestione Energetica s.p.a. (d’ora in avanti soltanto “*G.E.I.*”) e Impianti Elettrici Telefonici SIMET s.r.l. (nel prosieguo soltanto “*SIMET*”) e la costituenda ATI tra Linea Reti e Impianti e Andrea Fustinoni & Figli s.p.a.; e all’esito della procedura aggiudicataria risultava l’ATI GEI-SIMET, la quale riportava il punteggio massimo (60,00) per quanto concerneva l’offerta economica, e un punteggio pari a 38,31 su 40 per l’offerta tecnica. All’esito del giudizio di anomalia dell’offerta, resosi necessario in virtù del disposto di cui all’art. 97, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016, la Commissione giudicatrice riteneva congrua l’offerta del RTI SIMET-GEI alla luce delle giustificazioni fornite da quest’ultima.

Il relativo contratto di servizio veniva sottoscritto dal Comune e dall'aggiudicataria in data 22 febbraio 2017 (all'esito del rigetto dell'istanza cautelare formulata in primo grado) e, successivamente, Enel Sole procedeva alla formale consegna di tutti gli impianti all'aggiudicataria che avviava la nuova gestione e la progettazione esecutiva degli interventi di riqualificazione impiantistica.

Enel Sole, che non aveva partecipato alla suddetta procedura selettiva, dopo aver domandato al Comune, con nota del 9 agosto 2016, il ritiro ovvero la modifica in autotutela del bando di gara in relazione ai profili contestati, impugnava tutti gli atti di gara, nonché ogni altro atto (tra cui le richiamate deliberazioni del Consiglio Comunale di Crema, la n. 85 del 19 dicembre 2013 e la numero 43 del 6 luglio 2016) presupposto, precedente, preliminare, connesso o comunque collegato a quelli impugnati, assumendo che il bando avrebbe contenuto clausole escludenti o comunque tali da impedire oggettivamente la formulazione di una valida offerta, in quanto priverebbero l'aggiudicatario di qualsiasi convenienza economica e utilità, in ragione dell'asserita eccessiva onerosità delle condizioni economiche a base di gara e della pretesa illegittimità dei criteri di aggiudicazione fissati dal disciplinare, e dolendosi del fatto che unico soggetto che avrebbe potuto trarre vantaggio dall'aggiudicazione era proprio GEI, risultata difatti aggiudicataria. Con il ricorso introduttivo del giudizio dinanzi al T.A.R., Enel Sole, in primo luogo, censurava la *lex specialis* di gara, nella parte in cui prevedeva, a carico dell'aggiudicatario del servizio, un indennizzo di Euro 1.400.000,00 da corrispondere alla società SCS, senza che dagli atti impugnati fosse dato comprenderne l'effettiva causa e funzione né chiarire se l'indennizzo riguardasse il valore proprio degli impianti o costituisse ristoro per l'anticipata risoluzione del contratto: ed infatti, se nel Disciplinare di gara l'indennizzo *de quo* era previsto come "rimborso" finalizzato a ristorare la SCS per la revoca anticipata del contratto di gestione del servizio di pubblica illuminazione, nel Piano economico finanziario esso veniva indicato come prezzo per l' "acquisizione" degli impianti della SCS, ponendosi peraltro quest'ultima previsione anche in palese contrasto con l'affermazione contenuta nel paragrafo 1 del Disciplinare, secondo cui la proprietà degli impianti in questione resterà in capo al Comune.

Enel Sole deduceva, inoltre, la non debenza dell'indennizzo di Euro 1.400.000,00 alla luce del disposto di cui all'art. 14, comma 32, del D.L. n. 78 del 2010, adducendo che nessun indennizzo per anticipata cessazione di un rapporto obbligatorio e per i mancati guadagni



può essere riconosciuto nel caso in cui lo scioglimento del contratto e/o la revoca dell'affidamento siano disposti, come nel caso di specie, per adempiere a un obbligo normativo, quale quello discendente dalla disposizione citata e che, pertanto, la revoca anticipata dell'affidamento avrebbe dovuto intervenire senza oneri per il Comune: conclusione agevolmente ricavabile, peraltro, anche dell'art. 14, comma 2, del contratto di concessione tra il Comune di Crema e la SCS, disposizione convenzionale che, a fronte dello statuito diritto del Comune ad ottenere la revoca anticipata della gestione, non contempla alcuna previsione di un indennizzo a favore dell'affidatario del servizio.

Con il terzo motivo del ricorso di primo, Enel Sole impugnava, altresì, la *lex specialis* di gara nella parte in cui ricomprendeva nell'oggetto di affidamento gli impianti di Enel Sole, pur in assenza di un previo riconoscimento da parte della Stazione appaltante di un indennizzo per il loro riscatto in favore della Società e in mancanza di alcun inserimento di detto indennizzo nel quadro economico dell'affidamento: dal programma di lavori oggetto di affidamento sarebbe emerso, infatti, l'evidente incompatibilità dell'importo di tali lavori (circa Euro 2.900.000,00) con l'ammontare dell'indennità riconosciuta ad SCS e, per contro, la mancanza di qualsiasi valorizzazione degli impianti di Enel Sole.

Enel Sole censurava infine il bando per la manifesta violazione dell'art. 95, commi 8 e 9 del D. Lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui la *lex specialis* di gara avrebbe ommesso di indicare la ponderazione relativa attribuita a ogni criterio di valutazione, di specificare i sub-criteri, i sub-pesi o sub-punteggi nonché le ragioni oggettive per cui considerava non possibile detta ponderazione e non indicava l'ordine decrescente d'importanza dei criteri, lasciando così illegittimamente indeterminati i criteri di aggiudicazione e riservando alla Commissione un ambito di discrezionalità eccessivamente ampio e non consentito dalla legge.

Con ricorso per motivi aggiunti, Enel Sole impugnava il provvedimento di S.C.R.P. prot. n. 5000/2016 del 13 dicembre 2016, di aggiudicazione definitiva della predetta gara al RTI SIMET- GEI, nonché tutti i verbali di gara e ogni altro atto presupposto, precedente, preliminare, connesso o comunque collegato agli atti impugnati.

Con la sentenza segnata in epigrafe il T.a.r. adito, dopo aver già respinto con ordinanza cautelare la domanda di sospensiva degli effetti degli atti impugnati dalla ricorrente, dichiarava inammissibili, per difetto di legittimazione ad agire e carenza di interesse, il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti presentati da Enel Sole.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso in appello Enel Sole, deducendo che essa fosse erronea in quanto fondata su motivazioni non condivisibili, in primo luogo e *in limine*, per non aver considerato il bando in questione immediatamente impugnabile, in violazione del pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa che ammette l'immediata impugnabilità dei bandi di gara recanti un prezzo a base d'asta inadeguato e tale da non consentire un'utile e conveniente partecipazione alla procedura di gara, evenienza di certo ricorrente nel caso di specie.

Nel merito, Enel Sole ha censurato la sentenza di primo grado, deducendo con il secondo e terzo motivo in appello che la pronunzia impugnata fosse inficiata da *errores in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50 del 2016, in relazione all'impossibilità di un'utile e conveniente partecipazione alla gara e per l'addotta disparità di trattamento; mentre con il motivo rubricato sub IV ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 95, commi 8 e 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, a causa dell'asserita indeterminatezza dei criteri di aggiudicazione, con specifico riguardo all'omessa previsione da parte della Stazione appaltante della ponderazione relativa attribuita a ciascuno dei criteri di valutazione delle offerte in assenza di ragioni obiettive e comunque debitamente esplicitate e motivate; ha domandato, pertanto, l'annullamento degli atti avversati con il ricorso di primo grado.

Si costituivano in giudizio, mediante deposito di articolate memorie, il Comune di Crema, la Società Cremasca Reti e Patrimonio- S.C.R.P. s.p.a. e Cremasca Servizi s.r.l., tutte per resistere all'appello del quale domandavano la reiezione in quanto inammissibile per carenza di legittimazione attiva e, comunque, infondato nel merito.

Si costituivano in giudizio anche le controinteressate G.E.I. e SIMET, rispettivamente mandanti e mandatarie dell'ATI aggiudicataria, anch'esse per resistere al ricorso avversario, domandando che esso fosse respinto in quanto inammissibile, irricevibile, improcedibile e, comunque, infondato in fatto e in diritto.

In particolare, le Amministrazioni appellate e le controinteressate hanno eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso sotto un duplice profilo: in primo luogo, a motivo dell'omessa impugnazione degli atti precedenti all'indizione della gara per cui si controverte, relativi al riscatto degli impianti da Enel Sole, che di conseguenza non sarebbe legittimata a impugnare gli atti di gara a causa dell'omessa previsione di un indennizzo a suo favore; e, inoltre, in ragione della mancata partecipazione alla gara dell'appellante.

Alla Camera di Consiglio del 26 ottobre 2017, la trattazione della domanda cautelare veniva, su accordo delle parti, abbinata alla trattazione del merito.

All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Viene in decisione il ricorso in appello proposto da Enel Sole avverso la sentenza del T.a.r. Lombardia che ha dichiarato inammissibile il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti formulati dalla società odierna appellante avverso gli atti della gara per cui è causa e le due rammentate delibere consiliari del Comune di Crema, in quanto *“presentati da un soggetto che non può essere ritenuto titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata suscettibile di essere tutelata in sede giudiziale, avendo esso, per propria scelta, e non per impossibilità oggettiva, omesso di partecipare alla gara presentando una propria offerta”*.

Inoltre, la sentenza di primo grado ha ritenuto il ricorso in esame come *“un improvvido tentativo di riproporre, in altra veste, la questione già più volte rigettata circa l'obbligo, per il proprietario delle reti, di subordinare l'affidamento della gestione di esse al previo raggiungimento di un accordo con Enel sull'indennizzo dovuto per il riscatto degli impianti”*.

2. Il Collegio rileva come debbano essere preliminarmente esaminate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva e carenza di interesse sollevate dalle difese del Comune, di SCRP, di Cremasca Servizi e delle controinteressate GEI e SIMET, accolte dal giudice di prime cure e oggetto di contestazione da parte di Enel Sole con il primo motivo di gravame.

L'appellante richiama, infatti, a fondamento della sua tesi, l'orientamento di questo Consiglio sull'immediata impugnabilità dei bandi di gara recanti una base d'asta con valore non adeguato e insufficiente, in quanto recante regole illegittime e incidenti sulla formulazione di un'offerta economica corretta e concorrenziale, come tali concretamente e direttamente lesive anche dell'interesse del soggetto che non ha partecipato alla gara, il quale per contestarle in giudizio e ai fini della sussistenza della legittimazione ad agire, non ha alcun onere di presentare un'offerta (in tal senso si veda Cons. Stato, III, 2 febbraio 2015, n. 491); e sostiene che ricorra, nella fattispecie in esame, proprio detta ipotesi.

3. L'eccezione di difetto di interesse, ad avviso del Collegio, è fondata.

4. Ed invero, deve, in primo luogo, rilevarsi come Enel Sole abbia omesso di impugnare le deliberazioni consiliari adottate dal Comune di Crema e relative al riscatto e all'acquisizione degli impianti di sua proprietà, ovvero le deliberazioni di Giunta Comunale n. 183 del 7 aprile 2016, n. 81 del 9 novembre 2015 e numero 41 del 23 giugno 2016. Invero, si osserva come proprio in tali atti il Comune dava esplicitamente conto della separata procedura di valorizzazione dell'eventuale rimborso dovuto a Enel Sole e quindi della sua mancata inclusione tra gli oneri a carico del gestore subentrante: nello specifico, con la deliberazione 41 del 2016, il Consiglio Comunale, a fronte del previsto inserimento tra gli oneri posti a carico del futuro gestore unico del rimborso dovuto a SCS SL in relazione al valore residuo degli impianti messi a gara e in ragione del mancato recupero degli investimenti effettuati nell'interesse del Comune, dava invece atto dell'avvio della procedura di determinazione dell'eventuale indennizzo spettante ad Enel Sole, ai sensi dell'art. 24 del R.D. 2578/1925 e degli artt. 9-13 del d.P.R. 902 del 1986, assumendo come ragionevole l'assenza di oneri a carico del Comune vista la prevalenza dell'entità economica dei contributi pubblici percepiti dal Comune rispetto al valore residuo dei beni ceduti da Enel Sole.

Pertanto, già con tali atti, mai impugnati da Enel Sole, si radicava la lesione attuale e concreta degli interessi dell'odierna appellante. Quest'ultima torna invece a dolersi dell'illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui ha previsto un indennizzo di 1.400.000 a favore di SCS e posto a carico dell'aggiudicatario mentre, in aperta violazione del principio di parità di trattamento e del divieto di discriminazione, ha omesso di prevedere la corresponsione di un analogo indennizzo a favore di Enel Sole per il riscatto e l'acquisizione degli impianti di sua proprietà.

Non si comprende, invero, in che modo la contestazione della previsione di un indennizzo a favore dell'altro gestore uscente, volto a compensare l'anticipata cessazione della gestione del servizio, rispetto alla scadenza contrattuale originariamente convenuta al 2030, possa consentire ad Enel Sole di conseguire l'auspicato bene della vita, ovvero la previsione e corresponsione di un indennizzo per il riscatto e l'acquisizione degli impianti di pubblica illuminazione di sua proprietà, in difetto dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi che stabilivano a riguardo differenti modalità di determinazione per le due fattispecie: quali per l'appunto l'espressa indicazione, da inserirsi negli atti di gara in base a specifico impegno assunto dal Comune, della somma di € 1.400.000, a carico del futuro

gestore, da corrispondere a favore di SCS e la separata procedura di valorizzazione degli impianti da attivarsi nei confronti di Enel Sole.

Enel Sole non ha, dunque, alcun interesse a censurare la previsione di un indennizzo a favore di SCS, concernendo tali doglianze mere questioni civilistiche tra soggetti terzi (il Comune e l'altro gestore uscente), questioni rispetto alle quali l'appellante non riceve alcun pregiudizio a danno delle posizioni giuridiche di cui è titolare.

Peraltro, la quantificazione dell'indennizzo eventualmente dovuto a Enel Sole è questione devoluta alla giurisdizione ordinaria: la lamentata omessa previsione di un indennizzo nel bando (a differenza di quanto avvenuto per SCS) è dipesa dal mancato raggiungimento di un accordo con Enel sulla quantificazione; in ogni caso nelle delibere non impugnate da Enel si dava atto sia della circostanza per cui l'indennizzo sarebbe stato liquidato in separata procedura di valorizzazione degli impianti, sia della ragionevole aspettativa del Comune di non dover corrispondere alcunché ad Enel per il riscatto in forza dei cospicui contributi pubblici ricevuti dalla società.

In ogni caso l'omessa corresponsione dell'indennizzo, per consolidata giurisprudenza, non è ostativa né al riscatto né all'indizione della gara per l'affidamento del servizio di gestione delle reti da parte dell'Ente pubblico proprietario.

Ne consegue che, come a ragione ritenuto dalla sentenza appellata, il ricorso è inammissibile difettando la legittimazione ad agire di Enel Sole e un suo interesse qualificato e differenziato, tutelabile in giudizio, a contestare la legittimità degli atti impugnati.

5. Sotto altro profilo, si osserva come l'appellante non ha neppure partecipato alla gara per cui è causa. Ebbene, la legittimazione del ricorrente-non concorrente è limitata alle ipotesi di clausole escludenti ed impeditive rispetto alla formulazione di una valida offerta: e tali non sono, con tutta evidenza, quelle del bando di gara censurate da Enel Sole. Invero, gli aspetti della legge di gara censurati dall'appellante non costituiscono motivi oggettivi ostativi alla partecipazione alla gara e alla presentazione di un'offerta. In particolare, non può condividersi la prospettazione dell'appellante, in base alla quale l'eccessiva onerosità delle condizioni economiche, con particolare riguardo alla previsione del contestato indennizzo a favore di SCS e a carico del futuro gestore, priverebbero l'aggiudicatario di qualsiasi convenienza e utilità; né può ritenersi dimostrato che unico soggetto che avrebbe

potuto trarre vantaggio dall'aggiudicazione fosse proprio il RTI risultato aggiudicatario, come sostiene l'appellante.

Ed invero, come evidenziato dalla difesa comunale, già con la nota del 6 settembre 2016, il Comune e S.C.R.P. richiamavano l'attenzione di Enel Sole sia sull'integrale ristoro delle spese di riqualificazione degli impianti e dell'indennizzo versato a SCS in virtù del canone onnicomprensivo di gestione dovuto (come risultante dalla sommatoria della quota capitale di recupero dei costi di investimento, interessi, gestione e manutenzione ordinarie/straordinarie e fornitura di energia elettrica); sia sull'elevato tasso di remunerazione del capitale investito riconosciuto al nuovo gestore del servizio, remunerato per gli investimenti e le somme anticipate con un tasso di interesse del 6% annuo, superiore anche al tasso di remunerazione del capitale investito, c.d. "WACC", riconosciuto dall'AEEGSI con riguardo al contiguo e similare settore della distribuzione locale dell'energia elettrica, per il triennio 2016/2018, pari al 5,6% annuo.

Pertanto, l'omessa partecipazione alla gara da parte della società appellante non è stata determinata da un'oggettiva impossibilità di formulare un'offerta conveniente e consapevole, bensì da una libera scelta imprenditoriale.

Anche l'addotta incertezza sulla funzione e causa dell'indennizzo, che, ad avviso dell'appellante, non si comprenderebbe esattamente quali valori sarebbe finalizzato a ristorare, non si traduce in quella condizione di oggettiva impossibilità di formulazione dell'offerta che costituisce il presupposto indefettibile per la legittimazione ad agire del ricorrente che non ha partecipato alla procedura competitiva.

6. Per tali ragioni, la Sezione ritiene che non meriti censura la declaratoria di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti contenuta nell'impugnata sentenza sulla scorta della considerazione per cui *"Non è stato, dunque, fornito alcun principio di prova del fatto che le clausole del bando avessero caratteristiche tali da essere qualificabili come "escludenti" o "impeditive" di una corretta e consapevole elaborazione di un'offerta, come dimostrato dal fatto che due diversi raggruppamenti hanno presentato la loro"*.

7. Parimenti, deve ritenersi inammissibile il quarto motivo d'appello, concernente l'asserita violazione dell'art. 95, comma 8, d.lgs. 50 del 2016: ed infatti, non può revocarsi in dubbio che la lesività delle gravate previsioni di gara avrebbe acquistato attualità e concretezza solo ove si fosse tradotta nella penalizzazione dell'ipotetica offerta presentata da Enel Sole,

che non ha per ciò stesso alcun interesse a dolersi di aspetti che, al più, avrebbero potuto essere contestati dalla seconda graduata.

8. Ad ogni modo, il ricorso in appello è anche infondato nel merito.

9. Con il secondo motivo di appello, Enel Sole ha dedotto che il T.A.R. non avrebbe compreso la portata ed il contenuto esatto della prima censura del ricorso di primo grado relativa alla previsione dell'obbligo di corrispondere a SCS l'importo di Euro 1.400.000: con tale doglianza, Enel Sole avrebbe inteso evidenziare come il canone annuo (pari ad euro 788.739, esclusi gli interessi) non risultava capiente proprio perché in parte (per oltre il 12%, pari ad euro 93.000) destinato a rimborsare il pagamento dell'indennizzo posto a carico del gestore aggiudicatario e a favore di quello uscente; mentre al pagamento di tale indennizzo non corrispondeva un'utilità di pari valore per l'aggiudicataria e la restante parte del canone (Euro 695.000) non era di per se remunerativa del servizio da fornire.

In tesi, tale indennizzo sarebbe disancorato dal valore degli impianti e dalla remunerazione degli investimenti effettuati da SCS e costituirebbe, a dire di Enel Sole, solo una modalità per ripianare la situazione debitoria di SCS; peraltro, si tratterebbe di una corresponsione non dovuta posto che la Convenzione tra il comune e SCS escludeva espressamente, in caso di revoca dell'affidamento, il pagamento di alcun corrispettivo per gli impianti, che pertanto avrebbero dovuto essere acquisiti gratuitamente da parte del Comune (come stabilito all'articolo 14, comma 4, del Contratto).

E tale assenza di convenienza economica per l'aggiudicataria dell'affidamento emergerebbe anche dalla comparazione tra le condizioni previste dalla *lex specialis* di gara e quelle contenute nella Convenzione Consip Servizio Luce 4, la quale, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza appellata, presenta un oggetto sostanzialmente analogo a quello della procedura di gara per cui è causa, concernendo in particolare la gestione, conduzione e manutenzione ordinaria degli impianti di illuminazione pubblica e semaforici, nonché la fornitura del vettore di energia elettrica e la realizzazione di interventi di riqualificazione energetica degli impianti.

Pertanto, non potrebbe condividersi ad avviso dell'appellante l'affermazione del giudice di prime cure circa l'"*indimostrata comparabilità dei capitoli*", dovendo al contrario necessariamente compararsi le condizioni economiche previste dal bando con quelle delle convenzioni CONSIP, costituenti *ex lege* i parametri tecnici ed economici ineludibili per tutti i contratti pubblici. Da un'analisi comparativa (puntualmente illustrata dall'appellante-

pagine 21-23 del ricorso in appello) emergerebbe, dunque, che la partecipazione alla gara per cui è causa sarebbe oggettivamente non conveniente per gli operatori economici del settore: ciò in quanto il canone annuo posto a base di gara risulterebbe insufficiente a remunerare gli interventi di riqualificazione energetica, manutenzione ordinaria e straordinaria previsti dal Disciplinare di gara e sarebbe significativamente inferiore all'importo da corrispondere all'affidatario in applicazione della predetta Convenzione.

Né rileverebbe, secondo la società appellante, la circostanza che due concorrenti hanno partecipato alla procedura di gara, in considerazione dei rapporti esistenti tra questi ultimi, il Comune di Crema e SCRP, stazione appaltante. In relazione a tale profilo, in particolare, Enel Sole contesta la legittimità della procedura anche per violazione del principio di concorrenza in quanto G.E.I. avrebbe tratto utilità dalla previsione di un indennizzo (che, invece, per gli altri partecipanti sarebbe stata gravosa e non conveniente), in virtù della cessione del ramo d'azienda concernente la pubblica illuminazione avvenuta a suo favore da parte di SCS, per giunta finanche in assenza di una procedura ad evidenza pubblica e sulla base di una mera analisi di mercato.

Il TAR, inoltre, non avrebbe tenuto conto del fatto che l'ambiguità delle prescrizioni di gara sulla qualificazione di tale indennizzo di Euro 1.400.000, viste le contrastanti previsioni a tale proposito nel Disciplinare (ove l'indennizzo è stabilito titolo di *"rimborso"*, come *"ristoro del mancato recupero degli investimenti effettuati dalla società"*, e in considerazione dell'acquisita disponibilità degli impianti da parte del nuovo gestore, fermo restando la proprietà dei medesimi da parte del Comune) e nel Piano Economico Finanziario (ove il pagamento di tale somma è contemplata a titolo di *"acquisizione impianti SCS"*), comportano un'incertezza dei contenuti della prescrizione di gara e pregiudicano la possibilità di un'utile partecipazione alla stessa; ed avrebbe pure errato nel non riconoscere il carattere indebito di detta corresponsione posto che la revoca anticipata della gestione, peraltro al fine di adempiere ad un obbligo *ex lege*, avrebbe dovuto intervenire senza oneri per il Comune.

10. Il motivo è infondato.

11. Ed invero il Collegio qui rileva, anzitutto, come contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il previsto indennizzo è dovuto allo scopo di ristorare SCS per il valore residuo degli investimenti non ammortizzati ed effettuati per l'erogazione dei servizi affidati nonché per l'acquisizione delle migliorie apportate sui beni assentiti, stante



l'anticipata cessazione della convenzione a suo tempo stipulata (dal 31.12.2030 al 31.12.2016), frutto di un accordo consensuale tra il Comune e SCS (si veda verbale di accordo sottoscritto da SCS e dal Comune di Crema in data 8 maggio 2016- documento 8 della produzione di S.C.R.P.), in forza del quale, in coerenza con la deliberazione consiliare 85 del 2013, è stato quantificato l'indennizzo dovuto ad SCS, posto a carico dell'aggiudicatario della gara per la riassegnazione del servizio: e non, come erroneamente sostenuto da ENEL, di un atto dovuto in adempimento degli obblighi derivanti dall'art. 14 comma 32 del D.L.78/2010 (messa in liquidazione delle società partecipate dai Comuni) né di una revoca o di una risoluzione del contratto per asserite inadempienze di SCS. Pertanto, al contrario di quanto sostenuto dall'appellante, non è applicabile alla fattispecie l'art. 14, comma 2, della Convenzione che prevede la gratuità della acquisizione degli impianti, senza previsione di corrispettivo, solo per le ipotesi di fallimento o scioglimento del gestore, ovvero per inadempimento dell'affidatario del servizio integrato da ripetute e gravi deficienze nella gestione dei servizi, grave interruzione del servizio, ripetute e gravi inadempienze ai disposti della convenzione: circostanze queste in alcun modo sussistenti nella fattispecie che ci occupa. Al di fuori da tale casistica tassativa la gratuità nell'acquisizione degli impianti non opera. Ed invero, in nessun punto della deliberazione consiliare 85 del 2013, impugnata da Enel Sole, si fa cenno all'asserita decadenza *ex lege* degli affidamenti in virtù dell'art. 14, comma 32, legge 122/2010 o, comunque della carenza delle condizioni legittimanti la gestione *in house* dei servizi, né a presunte inadempienze da parte del gestore che giustificerebbero la revoca e/o la risoluzione degli affidamenti né, tantomeno, all'esigenza di ripianare una situazione di grave indebitamento di SCS.

La previsione dell'addebito al nuovo gestore della pubblica illuminazione non appare poi in alcun modo inficiata da irragionevolezza ove solo si consideri che proprio per effetto dell'accordo tra il Comune ed SCS (e quindi al pagamento del predetto rimborso) l'aggiudicataria della gara può da subito estendere il proprio servizio all'intero territorio comunale, con la presa in carico immediata degli impianti di SCS, ancorché oggetto di recenti investimenti.

Del tutto improprio, poi, è il riferimento all'asserita difformità delle convenzioni di gara prevista dal Bando rispetto a quelle di cui alla Convenzione Consip: queste ultime come correttamente ritenuto nella sentenza impugnata non sarebbero affatto comparabili con

quelle previste dal Comune di Crema, vista la diversa maggiore durata (15 anni per il servizio oggetto di affidamento con la presente gara a fronte dei 9 anni previsti dalla Convenzione Consip), e la maggiore ampiezza dell'oggetto dell'affidamento del Comune (includente la fibra ottica, la videosorveglianza e gli oneri di manutenzione straordinaria).

Peraltro, anche alla luce della giurisprudenza amministrativa richiamata dalla difesa comunale (Cons. Stato, Sez. V, sentenza 30.4.2015, n. 2194, nonché, in senso conforme, Sez. III, 14.4.2015, n. 1908), il servizio di pubblica illuminazione (a maggior ragione laddove integrato dei lavori aggiuntivi - di realizzazione di rete in fibra ottica e sistema di videosorveglianza - previsti dal bando del Comune di Crema) non rientra nel novero di servizi e forniture per i quali, in forza dell'art. 1, comma 7, legge 135 del 2012, come successivamente modificato e integrato, le amministrazioni locali sono tenute ad approvvigionarsi mediante le convenzioni ed accordi quadro messi a disposizione da Consip (fatto salvo il conseguimento di prezzi inferiori di almeno il 3% attraverso autonome procedure ad evidenza pubblica).

Né sussiste l'obbligo, per le amministrazioni locali, di recepire nei propri bandi di gara i medesimi parametri tecnici ed economici previsti dalle procedure competitive esperite da Consip.

A tal proposito, l'art. 26 legge 488 del 1999 indica i parametri prezzo-qualità non già quali limiti minimi e ineludibili di congruità degli importi a base d'asta e congruità delle offerte, come vorrebbe l'appellante, bensì quali limiti massimi per l'acquisto di beni e servizi comparabili: senonché nel caso di specie, come evidenziato, fa difetto proprio tale comparabilità, in quanto il servizio messo a gara dal Comune di Crema, per il tramite di S.C.R.P., non era a quello oggetto delle condizioni della convenzione Consip Luce 4.

Anche l'addotta insufficienza, in applicazione dei parametri della su indicata Convenzione Consip, del canone annuo posto a base di gara a remunerare gli investimenti da effettuarsi è assunto erroneo posto che Enel effettua il calcolo moltiplicando il canone per una durata di anni 9 (Convenzione Consip) e non per la maggiore durata di anni 15 previsto per l'affidamento oggetto di gara: come bene argomentato dalla difesa comunale, il canone annuo di Crema (poco più di € 978.000) supera di € 376.000 il canone base Consip (€ 602.000); e, dunque, moltiplicando la suddetta differenza positiva per i 6 anni d'ulteriore durata del contratto del Comune di Crema, si produrrà quale risultato un margine positivo nominale di € 798.000.

Parimenti errata deve ritenersi l'affermazione dell'appellante in base alla quale il costo dell'indennizzo a favore di SCS ricadrebbe sull'aggiudicataria: si tratta, a ben vedere, di una mera anticipazione che verrà restituita mediante il pagamento del canone e, peraltro, restituita con gli interessi (al conveniente ed elevato tasso del 6% annuo).

Né si tratta, come pure sostenuto da Enel Sole, di una mera partita di giro tra l'aggiudicataria G.E.I. e SCS per quanto riguarda il pagamento dell'indennizzo: G.E.I., infatti, non può trarre alcun vantaggio dal pagamento dell'indennizzo, poiché dalla cessione di ramo d'azienda, relativa alla pubblica illuminazione, era esclusa la Convenzione con il Comune di Crema e, dunque, anche i crediti derivanti da tale Convenzione e inerenti, in particolare, la valorizzazione del valore residuo degli investimenti sugli impianti del Comune di Crema; ne consegue che gli unici a beneficiare del pagamento dell'importo di euro 1.400.000, costituente posta economica del tutto estranea al ramo ceduto, sarebbero stati proprio i soci di SCS, ovvero Cremasca Servizi s.r.l. e S.C.R.P.

SCS, peraltro, non ha neppure affidato a G.E.I. la gestione interinale degli impianti del Comune di Crema, come dedotto dall'appellante, limitandosi a stipulare con detta società un contratto di noleggio a caldo per le messa a disposizione di attrezzature per la manutenzione ordinaria della pubblica illuminazione, che non poteva pertanto integrare alcun vantaggio anticoncorrenziale per G.E.I. ai fini della partecipazione alla futura procedura di gara.

Quanto, infine, all'addotta carenza di evidenza pubblica per la cessione del ramo d'azienda concernente la pubblica illuminazione da parte di SCS, in disparte l'irrilevanza di tale cessione ai fini dell'affidamento oggetto della gara per cui è causa (trattandosi come visto di cessione da cui è rimasta esclusa espressamente la Convenzione in essere con il Comune di Crema), il Collegio qui rileva come l'avviso per l'individuazione di manifestazioni di interesse da parte degli operatori di settore è stato regolarmente pubblicato sul sito di SCS e anche in tal caso Enel Sole ha ritenuto di non partecipare.

12. Con il terzo motivo di appello Enel Sole assume che la sentenza sarebbe inficiata da *error in iudicando* per violazione dell'art. 97 Cost. dell'art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016, sotto altro profilo, e in particolare adducendo la disparità di trattamento in cui sarebbe incorsa la Stazione appaltante nella predisposizione degli atti di gara, stante la mancata previsione nel PEF dell'indennizzo di riscatto dovuto a Enel Sole, a differenza di quanto

previsto a favore dell'altro gestore SCS (per il quale è stato invece stabilito il pagamento di una somma sproporzionata e esorbitante), nonostante dall'esame degli allegati tecnici del Bando e dalle valutazioni dello stesso Comune risulti chiaramente che gli impianti di Enel Sole abbiano un rilevante valore.

13. Il motivo è infondato e non merita accoglimento.

14. Ed invero, in disparte la già rilevata inammissibilità della censura per l'omessa impugnativa della deliberazione consiliare 41 del 2016, con la quale il Comune ha disposto d'inserire tra gli oneri di gara il rimborso dovuto ad SCS, ma non l'eventuale rimborso da liquidarsi ad Enel Sole, sul presupposto della verosimile insussistenza di tale credito, nonché per l'omessa partecipazione alla gara i cui atti contengono ovvero non contengono le indicate previsioni, e dei quali l'appellante per ciò proprio contesta la legittimità, deve qui rilevarsi come non sussistesse alcun obbligo che imponeva al Comune di inserire il rimborso al gestore uscente tra gli oneri di gara; a ciò si aggiunga che, come già chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, la definizione dell'indennizzo eventualmente spettante al concessionario uscente non è in alcun modo condizione di legittimità dell'affidamento con gara del servizio stesso né del riscatto degli impianti, non potendo né dovendo le questioni economiche tra gestore uscente e pubblica amministrazione influire sulla possibilità di riscatto degli impianti e sulla conseguente nuova procedura di affidamento del servizio.

15. Con il quarto motivo di impugnazione, infine, l'appellante torna a dolersi dell'illegittimità del Bando per non aver disposto nulla circa la ponderazione relativa dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica e per non aver indicato né le ragioni oggettive che rendevano impossibile tale ponderazione né un ordine decrescente di importanza dei criteri, in aperta violazione dell'art. 95 del D.lgs. 50 del 2016 e del diritto comunitario; e per non aver indicato la c.d. forcilla né previsto i sub-criteri, sub pesi o sub punteggi per ciascun criterio di valutazione.

16. Anche tale doglianza non coglie nel segno.

17. Deve in primo luogo evidenziarsi come non sia stata dimostrata da Enel alcuna lesione concreta e attuale del suo diritto di partecipare alla gara derivante dalla formulazione di tali criteri.

Ne consegue che tale censura è inammissibile, potendo Enel dolersi dell'illegittimità di valutazione solo ove avesse partecipato alla gara e non sussistendo, per quanto detto, una

oggettiva impossibilità di parteciparvi.

18. Il motivo di impugnazione *de quo* oltre che inammissibile è infondato nel merito.

19. In relazione a tale profilo, giova infatti evidenziare come la norma invocata in relazione ai criteri di ponderazione relativa di cui all'art. 95, commi 8 e 9, del D.lgs. 50 del 2016, asseritamente violata o erroneamente applicata dagli atti e dalla sentenza oggetto di impugnazione, non pare applicabile alla fattispecie in esame, trattandosi di un affidamento in regime di partenariato pubblico-privato disciplinato dalla parte IV, Titolo I, del d.lgs. 50 del 2016 e dalle disposizioni cui rinvia l'art. 179 di tale testo normativo, in quanto compatibili.

In ogni caso, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, i criteri di valutazione dell'offerta tecnica sono stati specificamente e dettagliatamente indicati, come emerge dalla lettura dell'art. 19 del Disciplinare- ove sono chiaramente individuati i criteri e sub-criteri qualitativi, le modalità per l'espressione del giudizio da parte dei Commissari e il peso di ciascun sub-criterio: la legge di gara ha previsto, in particolare, il criterio di valutazione in ordine decrescente, partendo dal punteggio più alto, precisando anche i sub criteri di assegnazione dei relativi punteggi e i sub punteggi, in tal modo delineando entro precisi limiti e confini determinati la discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice.

Peraltro, sulla base delle linee guida ANAC del 21 settembre 2016, sopravvenute rispetto alla pubblicazione della legge di gara, la Commissione ha proceduto alla riparametrazione del punteggio dei singoli sottocriteri qualitativi, al fine di non alterare l'equilibrio fra la componente del punteggio tecnico-qualitativo e quella economica (cfr. Tabella Criteri d'aggiudicazione, sub doc. 9 e Verbale n. 1 delle operazioni di gara, sub doc. 10 della produzione documentale di S.C.R.P.).

20. Per le motivazioni esposte, l'appello di Enel Sole deve essere respinto in quanto inammissibile per carenza di legittimazione e difetto di interesse e infondato nel merito.

21. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Enel Sole s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio a favore delle parti appellate, e in particolare del Comune di Crema, della Società Cremasca Reti e Patrimonio

S.C.R.P. s.p.a., di Cremasca Servizi s.r.l., di G.E.I.-Gestione Energetica Impianti s.p.a., di Impianti Elettrici Telefonici SIMET s.r.l., che liquida forfettariamente in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna parte, oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 11 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Angela Rotondano**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**